Die Bedeutung der entsprechenden Anwendung der Strafgesetze und der sogenannten Wahlfeststellung für die vermögensrechtlichen Tatbestände des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Otto Gritschneder
Gerichtsrefendar aus München

(Abgeschlossen: Weihnachten 1937)

Druck: Buchdruckerei Heller G.m.b.H., München 25, Plinganserstraße 64

Hauptberichterstatter: Professor Dr. Edmund Mezger

Mitberichterstatter: Professor Dr. Franz Exner

Tag der Genehmigung: 22. Februar 1938.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner lieben Mutter

in Dankbarkeit zugeeignet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554005_0041

VORWORT

Mit dieser Arbeit beendet der Verfasser seine Studienzeit an der Universität München; er hätte sie daher gerne den akademischen Lehrern seiner Fakultät zugeeignet, wenn er nicht seiner Mutter noch mehr verdankte. Er will sie ihnen wenigstens als ein Zeichen des Dankes für ihre Lehrtätigkeit überreichen; insbesondere gilt dieser Dank Herrn Professor Dr. Edmund Mezger, dem Förderer und Berichterstatter dieser Arbeit.

Mit diesem Dank verbindet der Verfasser die Bitte um jene nachsichtige Beurteilung, die ein Erstlingswerk erhoffen darf; der Verfasser suchte das Vertrauen, das in der Überlassung eines so weiten Kreises sogar in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung widersprechend beantworteter Fragen zur selbständigen Bearbeitung liegt, nach Kräften und mit Freude zu rechtfertigen, konnte aber doch viele Probleme, die sich ihm in den Weg stellten und die nur lose mit den Hauptproblemen zusammenhängen, nicht einmal nennen; als eine mit Gründen, Gegengründen und einer eigenen Meinung versehene Erörterung des Themas (das heißt doch „dissertatio") kann die Arbeit vielleicht bestehen. — Bei der Verwendung des Schrifttums, das diese Fragen, von denen keine unbestritten ist, haben in unübersehbarer Fülle erwachsen lassen, glaubte der Verfasser nicht seinen ganzen Zettelkasten ausleeren zu sollen, sondern es verantworten zu können, nur die wertvollsten Ausführungen anzumerken und auf die Quellennachweise von Gedanken, die jedem Juristen bei diesem Thema ohne weiteres kommen (die aber häufig noch in Kommentaren stehen), und auf die Ausführungen mehrerer Nachweise zum selben Gedanken zu verzichten. Die Entscheidungen des Reichsgerichts wurden jedoch ausführlicher herangezogen. —

Wer weiß, wie sehr das Gelingen gerade eines auch in der Arbeitsmethode anfängerhaften Werkchens von technischen Voraussetzungen abhängt, wird mit Recht erwarten, daß der Verfasser auch an dieser Stelle allen Dank sagt, die dabei geholfen haben, besonders den Beamten der Bayerischen Staatsbibliothek, mehr noch den stets liebenswürdigen und hilfsbereiten Damen und Herren der Verwaltung, des Ausleihamtes und der Lesesäle der Münchener Universitäts-Bibliothek für die Besorgung des Schrifttums.

Weihnachten 1937

Der Verfasser

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

I. Lehr- und Erläuterungsbücher

Allfeld Philipp, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., Leipzig 1934.

Beling Ernst, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.

Binding Karl, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, I. Band, 2. Aufl., Leipzig 1902.

— Handbuch des Strafrechts, I. Band, Leipzig 1885.

Ebermayer Ludwig, Lobe Adolf, Rosenberg Werner, Reichs-Strafgesetzbuch, 4. Aufl., Berlin, Leipzig 1929.

Eichmann Eduard, Lehrbuch des Kirchenrechts, I. Band, Paderborn 1934.

Frank Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931.

Freund Heinrich, Strafgesetzbuch, Gerichtsverfassungsgesetz und Strafprozeßordnung Sowjetrußlands, Mannheim, Berlin, Leipzig 1925.

Gallas Wilhelm, Strafgesetzbuch der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjet-Republik, Berlin und Leipzig 1931.

Hahn C., Die gesammelten Materialien zur Strafprozeßordnung (1. Abteilung, Berlin 1880).

Kohlrausch Eduard, Strafgesetzbuch, 33. Aufl., Berlin und Leipzig 1937.

Kriminalstatistik für das Jahr 1933, Berlin 1936.

Mezger Edmund, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., München und Leipzig 1933.

— Deutsches Strafrecht, ein Leitfaden, Berlin 1936.

Mitteis Heinrich, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (II. Band, 1. Abteilung des Cosackschen Lehrbuchs. Jena 1924).

Rumpf Max, Der Strafrichter (Schriften des Vereins Recht und Wirtschaft, Band II, H 2, Berlin 1913).

Sohm Rudolf, Mitteis Ludwig, Wenger Leopold, Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts, 17. Aufl., München und Leipzig 1930.

Schäfer Ernst, v. Dohnanyi Hans, Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935, Berlin 1936 (Nachtrag zum Frankschen Strafgesetzbuch).

Schäfer Leopold, Lehmann Rudolf, Dörffler Fritz, Die Novellen zum Strafrecht und Strafverfahren von 1935, Berlin 1935.
Schwarz Otto, Strafgesetzbuch, 4. Aufl., München und Berlin 1936.
Spengler Oswald, Der Untergang des Abendlandes, I. Band, 53.—59. Aufl., München 1924, II. Band 43.—49. Aufl., München 1924.

II. Einzeldarstellungen

Die amtliche Begründung vom 28. Juni 1935, Amtliche Sonderveröffentlichungen der Deutschen Justiz, Nr. 10, Berlin 1935.
Beling Ernst, Die Lehre vom Tatbestand, Tübingen 1930.
Class, Wilhelm, Grenzen des Tatbestandes, Str. Abh. H 323 (Breslau 1933).
Dahlen Franz, Analogie und extensive Interpretation im Strafrecht, Diss. Köln 1929.
Denkschrift, siehe unter „Nationalsozialistisches Strafrecht".
Dietrich Adelheid, Analogie und Auslegung, im besonderen Analogie und Auslegung in § 242 Strafgesetzbuch (Wert- und Substanztheorie), Diss. Marburg 1932.
Draheim Otto, Untreue u. Unterschlagung, Diss. Breslau 1901.
Dünhaupt Heinz-Wilhelm, Die alternative Entscheidung im Strafprozeß, Diss. Göttingen 1935.
Eick Walter, Die Analogie im Strafrecht, Diss. Giessen 1912.
Ertel Paul, Automatenmißbrauch, Diss. Erlangen 1898.
Exner Franz, Gerechtigkeit und Richteramt, Leipzig 1922.
Fahmüller Anton, Hehlerei an Ersatzsachen, Diss. Erlangen 1936.
Feisenberger Albert, Die widerrechtliche Hebung fremder Sparkassen-Guthaben, Diss. Marburg 1895.
Feldscher Werner, Über den Begriff der Zueignung im deutsche Strafgesetzbuch, Diss. Münster i. W. 1936.
Freisler Roland, Schutz des Volkes oder des Rechtsverbrechers? Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Sonderdruck Nr. 2, Berlin 1935.
Gudewill Carl Christian, Das Delikt der Partiererei, Diss. Jena 1909.
Günther, Fritz, Das Automatenrecht, Diss. Göttingen 1892.
Gnuse Caesar, Die rechtswidrige Hebung fremder Sparguthaben, Diss. Erlangen 1904.
Grafe Hermann, Widerrechtliche Erhebung von Teilbeträgen fremder Sparkassenguthaben, Diss. Bonn 1904.

Hauck Rudolf, Das Problem der alternativen Feststellung im Strafrecht, Diss. Köln 1938.
Heimberger Josef, Freiheit und Gebundenheit des Richters in weltlichem und kirchlichem Strafrecht (Frankfurter Universitätsreden), Frankfurt a. M. 1928.
Heinitz Ernst, Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit, Str. Abh. H 211, Breslau 1926.
Hennings Herbert, Die Entstehungsgeschichte des Satzes nulla poena sine lege, Diss. Göttingen 1933.
v. Hippel Walther, Ist Diebstahl an fließendem Wasser möglich?, Diss. Halle-Wittenberg 1895.
Kahn, Fritz, Der Vermögensbegriff bei den Vermögensdelikten des Strafgesetzbuchs, Diss. Köln 1936.
Kitzinger, Friedrich, Juristische Aphorismen, Berlin 1923.
Krämer, Helmut, Die Analogie im Strafrecht nach bisherigem und neuem Recht, Diss. Erlangen 1936.
Krebs Walther, Über den Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung, Diss. Breslau 1915.
Lehmann Alexander, Zur Lehre vom objektiven Tatbestand der Sachbeschädigung, Str. Abh. H 119, Breslau 1910.
Leutz Eduard, Die Sachbeschädigung, Diss. Freiburg i. Br. 1914.
Micelli Dominikus, Der Begriff des Gewahrsams im Strafrechte, Str. Abh. H 72, Breslau 1906.
Müller Eduard, Das Flußwasser steht im Eigentum!, Diss. Erlangen 1899.
Nüse Karl-Heinz, Das Problem der Zulässigkeit von Alternativ-Schuldfeststellungen im Strafprozeß, Str. Abh. H 324 Breslau 1933.
Paulus Rudolf, Der Gegensatz zwischen Zueignungs- und Bereicherungsabsicht, Diss. München 1932.
v. Pradzynski Witbold, Sachbeschädigung und Aneignung, Str. Abh. H 88, Breslau 1908.
Rommel Curt, Zur einfachen Sachbeschädigung, Str. Abh. H 184, 1914.
Sauer Wilhelm, Schließen sich Diebstahl und Sachbeschädigung begrifflich aus?, Diss. Halle-Wittenberg 1908.
Schmidt Eberhard, Strafrechtsreform und Kulturkrise, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, H 79, 1931.
Schmitz Theodor, Der Münzfernsprecherbetrug, Diss. Köln 1935.
Schwarz Friedrich, Wahlfeststellungen im Strafverfahren nach geltendem und kommendem Recht, Str. Abh. H 368, Breslau 1936.
Schwinge Erich, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, (Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, H 14), Bonn 1930.

Siebert Wolfgang, Der strafrechtliche Besitzbegriff, besonders in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. Halle 1928.
Sternagel-Haase Hermann, Die Analogie im deutschen Strafrecht vor und nach der Novelle vom 28. Juni 1935, Diss. Heidelberg 1936.
Nationalsozialistisches Strafrecht, Denkschrift des Preussischen Justizministers, Berlin 1933.
v. Wallis Hugo, Die Methoden der Auslegung strafrechtlicher Normen, Diss. Köln 1935.
Wehrspohn Walter, Die rechtswidrige Benützung des Münzfernsprechers, Diss. Erlangen 1935.
Wertheimer Robert, Die Mischgesetze des Deutschen Strafgesetzbuchs, Str. Abh. H 47, Diss. Marburg 1903.
Windel Ludwig, Die Sachhehlerei, Diss. Göttingen 1933.
Wohlhaupter Eugen, Aequitas canonica, Veröffentlichungen der Görresgesellschaft Sektion für Rechts- und Staatswissenschaft, H 56, Paderborn 1931.
Wolf Erik, Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit, Veröffentlichungen der Schleswig-Holsteinischen Universitätsgesellschaft Nr. 34, Breslau 1931.
Zander Karl, Was heißt „mildestes Gesetz" im Sinne des § 2 StGB?, Diss. Bonn 1937.
Zimmer Willy, Der Zueignungsbegriff, Diss. Halle-Wittenberg 1913.
Zimmerl Leopold, Zur Lehre vom Tatbestand, Str. Abh. H 237, Breslau 1928.

III. Abhandlungen in Sammelwerken

Bohne Gotthold, Die Magna Charta von 1215 und das strafgesetzliche Analogieverbot (in Festschrift für Heinrich Lehmann, Berlin 1937, S. 71—99).
Dahn Georg, Verbrechen und Tatbestand (in Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, Berlin 1936, S. 62—107).
Elster Alexander, „Analogie und Formalrecht" (in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Band VIII, Berlin, Leipzig 1937, S. 21—25).
Gürtner Franz (Hsg.), Das kommende Deutsche Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Berlin 1935 — Besonderer Teil, 2. Aufl,. Berlin 1936.
Harburger Heinrich, Diebstahl und Unterschlagung (VDB VI, S. 183—374, bes. S. 187—332).
Kohlrausch Eduard, Vermögensverbrechen im Wandel der Rechtsprechung und der Gesetzgebung (Beiträge zum Recht des neuen Deutschland, Festschrift für Franz Schlegelberger, Berlin 1936, S. 203—223).

— Vermögensverbrechen (in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Band VIII, S. 739—750).
Mezger Edmund, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände (in Festschrift für Ludwig Traeger, Berlin 1926, S. 187—230).
— Der Tatbestand im Strafrecht (in Festschrift für Maurovic, Belgrad 1934, S. 293—302).
Wolf Erik, Der Sachbegriff im Strafrecht (in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Berlin und Leipzig 1929, S. 44—71).
Zimmerl Leopold, Zur Auslegung des § 2 StGB, (in Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft, Festschrift für Graf W. Gleispach, Berlin und Leipzig 1936, S. 171—187).
— Gesetz und materielle Gerechtigkeit im Strafrecht (in Beiträge zur Neugestaltung des Deutschen Rechts , Festgabe für Erich Jung, Marburg 1937, S. 222—242).

IV. Aufsätze und Anmerkungen in Zeitschriften

Allfeld, Zum Problem der Analogie im Strafrecht, GS 107, 309—315.
Becker, Die entsprechende Anwendung der Strafgesetze, GS 106, 432—444.
— Automatenmißbrauch, Erschleichen freien Eintritts (§ 265a StGB) im Verhältnis zur analogen Anwendung des § 263 StGB, JW 1935, 2938 f.
Brucke, Bemerkungen zum RG-Urteil vom 3. 10. 1890 (betrifft Sparkassenbuchdiebstahl), GA 40, 110—112.
Dohna, Das alternative Strafurteil, ZStW 55, 576—590.
Ebner, Wilddiebstahl, Diebstahl, Unterschlagung, Hehlerei, GA 54, 252—268.
Elster, Diebstahl von Geistesgut, ZStW 53, 442—457.
Fraeb, Besprechung von Freislers „Schutz des Volkes . . . ?", GS 108, 71—73.
Freisler, Gedanken zur Technik des werdenden Strafrechts und seiner Tatbestände, ZStW 55, 503—532.
Hegler, Die Merkmale des Verbrechens, ZStW 36, 19—44, 184—232.
Hubernagel, Die Strafrechtsanalogie in Beispielen, DJZ 1886, 1203—1207.
Kitzinger, Die Arbeit der Münchener juristischen Studiengesellschaft an der Strafrechtsreform, DJZ 1923, 23—26.
Köhler, Begünstigung und Hehlerei, GS 61, 44—127.
Lehmann Rudolf, Die Strafprozeßnovelle vom 28. Juni 1935, DJ 1935, 999—1005.

Lobe, Alternative Tatbestände, GS 104, 161—175.
— Hoffnungen und Entwürfe, GS 105, 257—307; 106, 279—313; 107, 108—142; 108, 185—231.
Lücking, Alternative Anklage und Verurteilung, GA 71, 161—165.
Mayer, Anmerkung zu RG JW 1934, 294 ff.
Meeske, Allgemeine Fragen des Ordnungsstrafrechts der Wirtschaft, DJ 1936, 1321.
Mezger, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89, 207—314.
— Anmerkung zu RG ZAkd 1937, 57.
— Anmerkung zu RG JW 1934, 1657 f (betrifft § 242 StGB).
— Das neue Strafrecht und die Strafrechtswissenschaft, DJZ 1936, 601—607.
— Vermögensberechnung bei Sachwucher und Betrug, JW 1937, 1289—1293.
Nicolai, Rückwirkende Kraft von Strafgesetzen, JW 1933, 2315.
Nüse, Die Zulässigkeit von Alternativschuldfeststellungen im Strafprozeß, JW 1934, 463—466.
Oetker, Urheber und Täter, FZ v. 19. 3. 36.
— Alternative Schuldfeststellungen, GS 106, 401—431.
— Abtreibungsversuch und Betrug in Wahlfeststellung, GS 107, 273—279.
Rotering, Die Sachbeschädigung, GS 47, 211—230.
Rumpf, Die Auslegung des Strafgesetzes, GA 60, 177—185.
Schäfer Karl, Anmerkungen zu RG JW 1936, 1167, 1229, 1289, 1615, 1702, 3014; 1937, 1800, 3216, 3299.
— Anmerkung zu einer Sondergerichtsentscheidung, DJ 1937, 708 f.
Schäfer Leopold, Die Einzelheiten der Strafgesetznovelle vom 28. Juni 1935, DJ 1935, 994—999.
Schaffstein, Anmerkung zu RG JW 1934, 2049.
— Anmerkung zu RG JW 1934, 193 ff.
— Der Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung, GS 103, 292—316.
— Das Verbrechen eine Rechtsgutverletzung? DStr 1935, 97-105.
— Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma, DStr 1937, 335—348.
Schinnerer, Analogie und Rechtsschöpfung, ZStW 55, 768—783.
Schmitt Carl, Kodifikation oder Novelle?, DJZ 1935, 919—926.
Schneider, Rechtswidrige Hebung fremder Sparguthaben, ZStW 14, 36—75.
Schwinge, Identität der Tat im Sine der Strafprozeßordnung, ZStW 52, 203—236.
Staks, Alternativfeststellung und Rückfall, JW 1935, 2939.
Zeiler, Die Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage, DJ 1936, 639—641.

— Die alternative Tatsachenfeststellung durch den Strafrichter, DRZ 1914, 521—533, 569—578.
— Zur Lehre von der Wahlfeststellung, JW 1937, 1758—1760.
— Verurteilung auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellung, ZStW 42, 665—667.
— Noch einmal die Verurteilung auf Grund wahldeutiger Tatsachenfeststellung, ZStW 43, 596—611.

ABKÜRZUNGEN

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CIC	Codex Juris canonici
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DStr	Deutsches Strafrecht
FZ	Frankfurter Zeitung
GA	Goltdammers Archiv für Strafrecht
GS	Der Gerichtssaal
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung (Ergänzungsblatt zur Deutschen Justiz)
JW	Juristische Wochenschrift
RG	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGRspr.	Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts in Strafsachen (hrsg. v. d. Mitgliedern d. Reichsanwaltschaft)
StGB	Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich
Str. Abh. H	Strafrechtliche Abhandlungen, Heft . . .
VDA (B)	Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Allgemeiner (Besonderer) Teil
ZAkd	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

(Als Abkürzung der im Schrifttumsverzeichnis aufgeführten Werke wurde jeweils der Name des Schriftstellers oder Herausgebers, notfalls das erste Hauptwort des Titels, verwendet und erforderlichenfalls ein erklärender Zusatz gemacht.)

GLIEDERUNG

Widmung III
Vorwort V
Schrifttumsverzeichnis (samt Abkürzungsverzeichnis) . . . VI
Gliederung XIII

Einleitung

A Begrenzung der richterlichen Gewalt durch nichtrichterliche Gesetzgeber und Unzulänglichkeiten des dadurch notwendigen „Tatbestandes“ 1
B Wachs Mischtatbestand als Besserungsvorschlag . . . 6
C Die §§ 2 und 2b der Novelle vom 28. Juni 1935 als Lösung 9

Erster Teil

DIE BEDEUTUNG DER ENTSPRECHENDEN ANWENDUNG DER STRAFGESETZE FÜR DIE VERMÖGENSRECHTLICHEN TATBESTÄNDE 12
A Gedankengang dieses Teils 12
B Der Unterschied zwischen Auslegung und entsprechender Anwendung der Strafgesetze 14
C Begriff und Voraussetzungen einer entsprechenden Anwendung der Strafgesetze 18
I. Begriff 18
II. Voraussetzungen 18
D Der gesetzliche und der entsprechende Tatbestand einzelner Vermögensdelikte 23
I. Diebstahl 26
1. „Sache“ im Sinn des § 242 StGB 26
a) der Sachbegriff 26
b) die Fremdheit der Sache 31
c) die Beweglichkeit der Sache 33
2. Zueignungsabsicht 34
a) die „Absicht, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen“ 34
b) die „Absicht, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen“ 45
c) die „Absicht, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen“ 49

3. Wegnahme der Sache 50
a) Gewahrsam dessen, dem weggenommen wird . 50
b) Gewahrsam dessen, der wegnimmt 53
4. Besondere Merkmale des schweren Diebstahls . . 55
a) Bedeutung der entsprechenden Anwendung für erschwerende Tatbestandsmerkmale im allgemeinen 56
b) erschwerende Tatbestandsmerkmale 58
α) § 243 I Ziff. 2 58
β) § 243 I Ziff. 3 66
γ) § 243 I Ziff. 4 67
δ) § 243 I Ziff. 5 68
II. Unterschlagung 69
III. Hehlerei 72
1. Der gesetzliche Tatbestand der Hehlerei und sein Grundgedanke 72
2. Unmöglichkeit mit Hilfe dieses Grundgedankens einen der Hehlerei entsprechenden Tatbestand zu bilden 74
a) bei der sogenannten Ersatzhehlerei 75
b) bei anderen hehlereiähnlichen Fällen 78
α) „mittels einer strafbaren Handlung“ . . . 79
β) „verheimlicht“, „ankauft“, „zum Pfande nimmt“ und „zu deren Absatz bei anderen mitwirkt“ 80
γ) „oder sonst an sich bringt“ 80
IV. Betrug 81
1. Brauchbarkeit und Unentbehrlichkeit des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals der Vermögensbeschädigung 82
a) Brauchbarkeit 82
b) Unentbehrlichkeit 84
2. Die übrigen Tatbestandsmerkmale des Betrugs . . 86
a) Vorspiegelung von Tatsachen 86
b) ursächlicher Zusammenhang zwischen Täuschungshandlung und Vermögensschädigung . . 86
3. Betrugsähnliche Fälle des § 265 a StGB 87
a) Automatenmißbrauch 88
b) der sogenannte blinde Passagier 89
V. Sachbeschädigung 91
1. „Sache“ im Sinn des § 303 StGB 92
2. „Beschädigen“ und „Zerstören“ 94
a) die richtige ältere Sachsubstanztheorie des Reichsgerichts 94

b) die neuere Sachbrauchbarkeitstheorie des Reichsgerichts 95
c) Verwendbarkeit der Sachbrauchbarkeitstheorie nur für eine entsprechende Anwendung . . . 97

Zweiter Teil

DIE BEDEUTUNG DER SOGENANNTEN WAHLFESTSTELLUNG FÜR DIE VERMÖGENSTATBESTÄNDE . 99

A Tatbestand und alternative Tatbestandsfeststellung . . . 99
B Begriff, Entwicklung, Voraussetzungen der sogenannten Wahlfeststellung 101
I. Begriff der sogenannten Wahlfeststellung 101
II. Entwicklung der Rechtsprechung zur sogenannten Wahlfeststellung vor dem Inkrafttreten des § 2b StGB 103
1. Die ältere Rechtsprechung 104
2. Die neuere Auffassung 105
III. Voraussetzungen einer sogenannten Wahlfeststellung 109
C Loslösung des Richters von der Bindung an einen Tatbestand 110
I. Die Grade einer alternativen Feststellung 110
II. Alternativfeststellung von Ausführungsarten des nämlichen Tatbestandes 113
1. Wenn es sich um gesetzliche Tatbestandsmerkmale handelt
a) innerhalb der Hehlerei 113
b) innerhalb des schweren Diebstahls 115
c) „Diebstahl oder Hehlerei" als besonderer Fall . 118
d) künftige Behandlung dieser Alternativen ohne § 2 b? 119
e) Unterscheidung zwischen Ausführungsalternative und Tatbestandsalternative 120
2. Wenn es sich um entsprechende Tatbestände handelt 125
III. Alternativfeststellung von verschiedenen Tatbeständen
1. Tatbestandsalternative innerhalb des Vermögensstrafrechts 126
2. Tatbestandsalternative, wenn ein Tatbestand nicht mehr zu den Vermögensdelikten gehört 127

Schluß:

Hemmungen einer gerechten Rechtsprechung durch die entsprechende Anwendung und durch die sogenannte Wahlfeststellung 130
I. Mängel des § 2 StGB 130
II. Mängel des § 2b StGB 132

„Durch unsere Rechtsgeschichte geht als Grundmotiv der Kampf zwischen Leben und Buch."

Oswald Spengler,
Der Untergang des Abendlandes, Band II, Seite 92.

EINLEITUNG

A Begrenzung der richterlichen Gewalt durch nichtrichterliche Gesetzgeber und Unzulänglichkeiten des dadurch notwendigen „Tatbestandes"

Im römischen Recht wurde die Gerichtsbarkeit vom Praetor ausgeübt; er war Gerichtsherr und konnte, sobald das praktische Bedürfnis es forderte, von der Anwendung des geschriebenen Gesetzes zur freien Rechtshandhabung übergehen und selbst für unvorhergesehene Fälle (prout res incidit) gerechte Entscheidungen treffen;[1] auch Strafen ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung (ex sententia legis oder ad exemplum legis) waren den Römern natürlich und selbstverständlich. Dem deutschen Reichsstrafrecht ist der Praetor oder auch nur eine dem Praetor ähnliche Einrichtung unbekannt. Der deutsche Strafrichter ist lediglich Gerichtsbeamter; seine Rechtsprechung ist Anwendung des Rechtes, das von einem „Gesetzgeber" in Gesetzen bekannt gemacht worden ist.[2]

Von den Hemmungen des Richters durch den „Gesetzgeber" behandelt unsere Schrift das Wie des gesetzgeberischen Befehls an den Strafrichter. Der „Gesetzgeber" bedient sich bei seiner Anweisung an den Richter der Sprache. Nun gehört es schon zum Wesen der Sprache, daß sie, besonders wenn es sich um kurze und möglichst allgemein gültige Wendungen handelt, nie erschöpfend und lückenlos alle besonderen Fälle eines allgemeinen Falles erfassen kann, die der Sprecher umfaßt wissen will.

---

[1] Sohm-Mitteis-Wenger, S. 72 ff., bes. S. 73.

[2] Im Vorübergehen sei hier schon bemerkt, daß das Gesetz mit der Entwicklung anderer Kulturbegriffe vom körperhaften zum funktionellen Denken, wie wir sehen werden, nicht immer Schritt gehalten hat. Oswald Spengler macht diese Entwicklung an Hand zahlreicher Kulturerscheinungen deutlich. Vgl. z. B. Bd. II, S. 96, wo „dem antiken Begriff der körperlichen Sache" die „funktionalen Begriffe der Arbeitskraft des Erfinder- und Unternehmergeistes ... der organisatorischen Energien" gegenübergestellt werden. Ein beachtliches Beispiel ist weiter Bd. II, S. 605 ff. die Gegenüberstellung des apollinischen und des faustischen Geldes, des Geldes als Größe (Barvorrat) und des Geldes als Funktion (Wertpapier).

Das sah schon Aristoteles:[3] Περὶ ἑνίων δὲ οὐχ οἷόν τε ὀρθῶς εἰπεῖν καθόλου. Soweit es nun dem Gesetzgeber gelingt, mit der Sprache zurechtzukommen[4] und einen allgemeinen Typus möglichst vielen Fällen anzupassen, die Schablone also möglichst allgemein gültig zu schneiden, kann der Richter gerecht urteilen. Soweit aber die allgemeinen Grenzen der Sprache oder — ein nicht gerade seltener Fall — ein besonderes Mißgeschick bei der Formulierung des Gesetzes einen strafwürdigen Fall nicht mehr umfassen, sind dem Richter die Hände gebunden; er kann nicht einfach, nur weil es gerecht ist, verurteilen. „Les juges de la nation ne sont que la bouche, qui prononce les paroles de la loi" (Montesquieu).

Von den Fragen des „Wie" der gesetzgeberischen Äußerungen behandeln wir nur den Hauptfall,[5] den Tatbestand.[6] In ihm verdichten sich die genannten Probleme: sicher ist in ihm „der Niederschlag jahrhundertelanger Erfahrung lebendig";[7] auch ist nicht zu bezweifeln, daß sich in ihm „eine lebensnahe, volksverbundene, wirklichkeitserfüllte Verbrechensbeschreibung"[7] offenbart; aber „die Kürze und Prägnanz der Tatbestände"[7] wurde oft zu einer Verkürzung des Verbrechenstypus; die Form ist erstarrt und hat die Entwicklung der Wirtschaft, der sozialen Einrichtungen, besonders der Technik wirkungslos an sich vorüberziehen lassen. —

Der „Tatbestand" ist immer nur ein Bestandteil des besonderen Strafgesetzes;[8] daher scheidet eine Betrachtung der gesetzgeberischen Ungereimtheiten des Allgemeinen Teiles des Strafgesetzbuchs bei unserer Erörterung aus.

---

[3] Aristoteles Nic. Eth., Lib. V Cap. X, 4. — Sternagel-Haase, S. 3 führt unter Hinweis auf die in seinen Anmerkungen 2 und 3 genannten Schriftsteller noch mehr Fehlerquellen (Vergessen, Nichtwissen) an, die das gesetzgeberische Werk unvollkommen lassen müssen. — Class, S. 11 betont die „unvermeidliche Zweifelhaftigkeit" des „Wortsinnes im allgemeinen". — Elster sagt ähnlich (Handwörterb., S. 23): „Das geschriebene Gesetz kann nur der .. unzulängliche Ausdruck eines viel stärkeren Etwas sein."

[4] Daß auch die Gesetzessprache nicht nur unschöne und unanschauliche, gegenüber der übrigen Kultur zurückgebliebene, sondern geradezu falsche Wendungen gebraucht, mag als Beispiel das „verrückt gewordene Grenzzeichen" (§ 919 I BGB) zeigen; dieser Fehler unterlief noch dazu dem ungewöhnlich gründlichen, jahrzehntelang beratenen Gesetzgeber des BGB.

[5] Die den Richter hemmende Wirkung des „Tatbestandes" wurde nicht immer genügend hervorgehoben; Dahm sagt (Grundfragen, S. 78) richtig: „So steht die Lehre vom Tatbestand von Anfang an in engstem Zusammenhang mit der Bindung des Richters an das Gesetz" und rügt, daß „Äußerungen über den Sinn des Tatbestandes recht spärlich" sind.

[6] Dahm, Grundfragen, S. 106 f. macht nicht ohne Anlaß auf das Gekünstelte dieses Wortes aufmerksam; es habe einen Wortschatz erzeugt, der die „innere Gehaltlosigkeit dieser", wie er meint, „sterbenden Scholastik" verdeutliche: „Tatbestandsmäßigkeit, Vertatbestandlichung, Tatbestandsverwirklichung" u. a.

[7] Mezger, DJZ 1936, 606.

[8] So Mezger, Der Tatbestand im Strafrecht, S. 294.

Der „Gesetzgeber" pflegt sogenannte Tatbestände aufzustellen und zu sagen: „Wer das oder das tut (wird so oder so bestraft)".[9] Der Tatbestand ist also dem Gesetzeswortlaut entnommen.[10]

Der Richter hat natürlich kraft seiner tatsächlichen Stellung die Macht, sich an den gesetzlichen Wortlaut nur ganz lose zu halten, da er die Auslegung des Tatbestandes vornimmt und je nach Geschick trotz des Tatbestandes seine Meinung über Recht oder Unrecht im Einzelfall weitgehend durchsetzen kann. Wie bei allen Formen der deutschen Kultur finden wir auch hier, in der Frage der Bindung des Richters an den Gesetzeswortlaut, jedes der Extreme zu irgend einer Zeit verwirklicht. Von der Constitutio Criminalis Carolina (1532), dem einzigen Reichsstrafgesetzbuch vor dem geltenden, haben sich die Richter, schon weil sie ganz unmenschliche Strafbestimmungen enthält, immer mehr freigemacht. Die Richter haben damals die Tatbestände im Interesse der Gerechtigkeit „so eingehend ausgelegt, daß sie auf die Mehrzahl der Fälle nicht mehr zutrafen und setzten dann für diese Fälle nach freiem Ermessen außerordentliche Strafen . . fest".[11] Diese Selbstbefreiung des Richters führte zu einer tatsächlichen Stellung der Strafrichter, die, zumal die richterliche Ausbildung vielfach mangelhaft war, als richterliche Willkür empfunden und bekämpft wurde; schließlich setzte sich die dagegen aufgekommene Bewegung durch und hob den „Tatbestand" auf den Thron. „Die Zeiten sind vorüber", schrieb Beling,[12] „in denen jede rechtswidrige schuldhafte Handlung ohne weiteres die Strafdrohung entfesselte." „Ein unhörbar auf Filzschuhen herumschleichendes Strafrecht

---

[9] So lautet, wie Mezger, Lehrb., S. 192 anschaulich formuliert, „die Grundform jedes strafrechtlichen Tatbestandes".

[10] Wir behandeln den „Tatbestand" also nur unter dem Gesichtspunkt der hemmenden Wirkung auf die richterliche Macht, nicht die allgemeinen Probleme der Lehre vom Tatbestand. Die „begriffsverwirrende Gleichheit im Wortgebrauch" („Tatbestand"), die Class, S. 12 mit Recht hervorhebt, stört uns daher nicht. Wir verstehen unter „Tatbestand" den „Inbegriff der Bestandteile . . einer Handlung" (Allfeld, S. 95), „Deliktstypen" oder „Leitbilder" (Beling, L. v. T., S. 3), also Schablonen und Abstraktionen einer Reihe von ähnlichen Fällen. — Zu den allgemeinen Problemen der Tatbestandslehre, namentlich zur schwierigen Frage „Tatbestand und Unrecht", verweisen wir daher auf das Schrifttum; vgl. den Überblick über die Entwicklung der Lehre vom Tatbestand bei Wolf „Der Sachbegriff", S. 44 f. Er stellt die Entwicklung von Beling, dem Begründer der „Tatbestandslehre in diesem Sinne", über M. E. Mayer und Grünhut bis zu Mezger dar, der „gezeigt hat, daß der Sinn der strafrechtlichen Tatbestände . . nur von der wertgefüllten Gegebenheit oder wertausfüllungsbedürftigen Formelhaftigkeit der Einzeltatbestände her erschlossen werden kann". — Vgl. auch die Würdigung des Schrifttums bei Allfeld, S. 95 und die beachtenswerte Schrift von Class „Grenzen des Tatbestandes" (Strafr. Abh. H 323), der eine „möglichst vollständige und in sich geschlossene Tatbestandstheorie" (S. 1) entwickelt. — Einen umfassenden Überblick gibt auch Heinitz in dem Kapitel „Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit", S. 19—26.

[11] Sternagel-Haase, S. 46.

[12] Beling, L. v. V., S. 21.

verträgt der moderne Mensch nicht mehr.“[13] Beling, der als erster „die Aufmerksamkeit auf dieses wichtige Gebilde des eigentümlich strafrechtlichen Tatbestandes gelenkt“[14] hat, stellt auch die Bedeutung dieses im Kampf gegen richterliche Selbstherrlichkeit zur Geltung gekommenen „Tatbestandes“ klar heraus: „Die Ausschließung aller nicht positivrechtlich anerkannten Verbrechenstypen.“[15] „Es gibt keine delicta iuris naturalis mehr.“[15]

Das ging zu weit und mußte eine Gegenbewegung auslösen. Beling dachte nicht, daß das Pendel wieder nach der anderen Seite ausschlagen und schon nach einigen Jahrzehnten über die Bindung und Fesselung des Richters durch das Erfordernis der Tatbestandsmäßigkeit — „strafbar ist nur, wer tatbestandsmäßig handelt“[17] — geklagt werden werde.

In der Unentbehrlichkeit der Tatbestandsmäßigkeit („nur“) lag die neue von Beling zuerst betonte Bedeutung des Tatbestandes, aber auch sein Fehler. Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich hat es gezeigt. Diese Bedeutung des Tatbestandes des Reichsstrafgesetzbuches, der von einem Leitbild zur unerläßlichen Strafvoraussetzung sich emporgeschwungen, sich vom Knecht zum Herrn gemacht hatte, wollen wir besonders beleuchten.

Das RStGB hat in § 2 I[18] den im vorigen Jahrhundert[19] aufgekommenen Grundsatz nulla poena sine lege[20] zum Gesetz erhoben. „Ein Palladium staatsbürgerlicher Freiheit“[21] wurde dieser

---

[13] A. a. O., S. 26.

[14] Mezger, Lehrb., S. 176.

[15] Beling, L. v. V., S. 21.

[17] So Mezger, Lehrb., S. 173.

[18] § 2 I StGB a. F. lautet: Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.

[19] Der preußische Justizminister von 1933 bezeichnet den Grundsatz nulla poena sine lege als einen „römischen Satz“ („Denkschrift“, S. 115) und spricht (S. 127) von dem „individualistischen, römisch-rechtlichen Grundsatz nulla poena sine lege“. — Ähnlich unrichtig Nicolai, JW 1933, S. 2315. — Über die Geschichte dieses Grundsatzes vgl. Hennings in Anm. 20 genannte Schrift. — — Auch die gelegentlich vertretene Ansicht, dieser Satz gehe auf die Magna Charta König Johanns vom 15. 6. 1215 zurück, ist nicht richtig; das hat Bohne in seiner gründlichen Untersuchung (in der Festschrift für H. Lehmann, 1937, S. 71—99) „Die Magna Charta von 1215 und das strafgesetzliche Analogieverbot“ nachgewiesen. — Mezger Ltf. S. 34 weist darauf hin, daß dieser Satz „viel näher den germanischen Rechten“ lag.

[20] Vgl. Hennings eingehende rechtsgeschichtliche Dissertation „Die Entstehungsgeschichte des Satzes nulla poena sine lege“ (Göttinger Diss. 1933).

[21] So Mezger Lehrb., S. 77; ähnlich S. 83: „Die Tore des Gefängnisses öffnet nur das Gesetz.“ In DJZ 1936, S. 602 begrüßt es Mezger, daß § 2 StGB n. F. mit dem „aus der Aufklärungszeit und der französischen Revolution stammenden Kultus des buchstäblichen Wortlautes des Gesetzes gebrochen“ hat. Mezger hatte schon 1934 (der Tatbestand im Strafrecht, S. 302) eine „vorsichtige Lockerung“ des sogenannten Analogieverbotes vorgeschlagen, das ein Ausfluß jenes Grundsatzes geworden war.

Grundsatz gelobt und schließlich sogar in der Reichsverfassung[22] verankert.[23] Man hat von § 2 StGB a. F. mit Recht gesagt, er stamme aus einer Zeit, die dem einzelnen Menschen seine Freiheitsphäre gegenüber bestimmten staatlichen Machtansprüchen, zu denen man auch die richterliche Gewalt rechnet, garantiert.[24] Zutreffend hat man jedoch auch darauf hingewiesen, daß § 2 StGB a. F. nicht nur eine Garantie für den Einzelnen, sondern auch für den Gesetzgeber bedeutet, „daß sein Wille vom Richter beachtet werde, daß der Richter etwa nicht eigenmächtig eine Tat strafe, die der Gesetzgeber aus irgendwelchen Gründen straflos lassen wollte." [25]

Die Beschränkung des Richteramtes auf die Gesetzes a n w e n d u n g, besonders die Bindung an den Tatbestand kam in zwei Richtungen zum Ausdruck: erstens in dem Verbot einer Strafrechtsanalogie zuungunsten[26] des Angeklagten[27]; zweitens in dem Verbot einer alternativen Tatbestandsfeststellung.[28]

---

[22] Art. 116 RV; RG 56, 318 meint sogar, Art. 116 RV habe den § 2 StGB a. F. „ersetzt". S. zu dem Streit über das Verhältnis des § 2 StGB a. F. zu Art. 116 RV: F r a n k I zu § 2 StGB mit Nachweisen.

[23] Gegen diesen Grundsatz wurde seit 1933 gelegentlich heftig Sturm gelaufen. F r e i s l e r trägt in seiner Kampfschrift: „Schutz des Volkes oder des Rechtsverbrechers?" (1935 S. 5 ff) die Lehrmeinungen zusammen, die diesen Grundsatz gutheißen und verteidigen. Inzwischen haben sich die Wogen so weit geglättet, daß dieser Satz, wenn auch noch mit besaimmten Einschränkungen im kommenden Strafgesetz „bei Bestand" bleibt. (K. S c h ä f e r bei G ü r t n e r I, S. 201.) Die amtliche Begründung zu § 2 StGB n. F., S. 27, nimmt diesem Satz nur die Bedeutung des Verfassungsgrundsatzes: „Im nationalsozialistischen Recht kann er diese Bedeutung nicht mehr beanspruchen."

[24] Z i m m e r l, Gegenwartsfragen, S. 173. [25] Z i m m e r l, a. a. O.

[26] Zugunsten des Angeklagten war die Strafrechtsanalogie nicht verboten. Einige Schriftsteller (z. B. M. E. M a y e r; s. die Nachweise bei S t e r n a g e l - H a a s e Anm. 49) wollten die Analogie auch zugunsten des Angeklagten verboten wissen: Es sei ein Widerspruch, Analogie nur bei der Frage nach der Schuld zuzulassen, nicht auch bei der nach der Nichtschuld. Eine Mittelstellung nimmt B i n d i n g Hdb. I, S. 218 ff. ein, der das Verbot einer Analogie durch § 2 StGB a. F. nicht auf die Strafschärfungsgründe, sondern nur auf die Straftatbestände bezieht.

[27] Die herrschende Meinung z. B. F r a n k I, 2 zu § 2 StGB a. F. entnahm dieses Verbot dem § 2 StGB a. F.; über 20 Nachweise aus Rechtslehre und Rechtsprechung S t e r n a g e l - H a a s e, Anm. 5. Zur Minderheit, die in § 2 StGB a. F. kein Analogieverbot finden kann, gehört E x n e r, der im Anschluß an E. H u b e r (Nachweise bei S t e r n a g e l - H a a s e, Anm. 172 ff.) „den ketzerischen Zweifel" (S. 51) ausspricht, ob die Auffassung, § 2 StGB a. F. verbiete die Analogie zuungunsten des Angeklagten, „wirklich dem geltenden Recht entspricht"! „Der Wortlaut unserer Gesetze zwingt nicht dazu." Das „gesetzlich bestimmt" in § 2 StGB a. F. heiße nicht „ausdrücklich bestimmt". (Neue ausländische Strastgesetzesentwürfe verlangen eine „ausdrückliche Strafandrohung", so der griechische von 1924, der italienische und schweizerische von 1927 und das türkische Strafgesetzbuch von 1926; vgl. H e i m b e r g e r, S. 18.) Man drohe einer „bedauerlichen Wortinterpretation" (E x n e r, S. 53) eines „zufällig unzulänglichen Ausdrucks im Gesetz" (S. 60) zu verfallen. — K i t z i n g e r, S, 23 Nr. 23 trifft eine beachtliche Unterscheidung an Hand der B e l i n g schen von Norm und Strafandrohung: „Das in § 2 StGB enthaltene Verbot analoger Rechtsfindung gilt nach Wortlaut, Sinn und Entstehungs-

Das Strafgesetzbuch hat Einzeltatbestände aufgestellt; die Vermögensdelikte,[29] von denen im folgenden gesprochen werden soll, unterscheidet es in Diebstahl (schwerer Diebstahl), Unterschlagung, Betrug (besondere Arten des Betrugs), Hehlerei, Sachbeschädigung usw. Diese Tatbestände leiden als die praktisch wichtigsten unter den dargelegten Mängeln des „Tatbestandes" besonders stark.

Dieses gegenüber dem Stand anderer Kulturgebiete zurückgebliebene Gesetz mit seinen körperhaft, nicht funktional gedachten Tatbeständen erzwang unter der Herrschaft des Analogieverbotes ungerechte Freisprüche: wer mit breit geschlagenen Metallplättchen statt mit der vorgeschriebenen Münze einen vollautomatisch betriebenen Fernsprecher benützte, konnte ohne Sorge sein; er hatte weder eine „Sache" sich zugeeignet, noch „jemanden" betrogen, noch eine Sache „beschädigt".[30] Das Verbot einer alternativen Tatbestandsfeststellung ermöglichte es dem Vermieter, der den Mantel seines Mieters in Besitz gebracht hatte, sich ungestört damit als seinem eigenen auf die Promenade zu begeben, wenn man ihm nichts weiter nachweisen konnte, als daß er den Mantel zu Unrecht erworben, nicht aber, ob er ihn gestohlen oder ob er ihn gehehlt hatte.

B Wachs Mischtatbestand als Besserungsvorschlag

Solche dem Zweck jeder Strafrechtspflege widersprechende Folgerungen des Gesetzes forderten natürlich eine heftige Kritik heraus. Zu Unrecht wandte sie sich auch gegen die Richter, denen man ohne Mühe hätte anmerken können, wie schwer ihnen die

---

geschichte nur für die Strafsatzung, nicht für die Norm, die, ausgesprochen oder unausgesprochen, der Strafsatzung zugrundeliegt." — Rumpf, GA Bd. 60, S. 182 meint, man könne aus § 2 StGB a. F. ein Analogieverbot herauslesen, man brauche es aber nicht zu tun, „denn das Verbot der Analogie sei etwas, was positivistische Auslegung in ihn hineingeheimnißt" habe. Nur die Zeit der Geltungskraft der Strafgesetze habe § 2 StGB a. F. regeln wollen. — — Festzuhalten ist bei diesen Meinungsverschiedenheiten, daß das RG sich an das Analogieverbot zuungunsten des Angeklagten, wie es die herrschende Lehre verstand, hielt; vgl. z. B. RG 56, 168.

[28] Das Verbot der alternativen Tatbestandsfeststellung entnahm man dem § 267 I, 1 StPO a. F. („Wird der Angeklagte verurteilt, so müssen die Urteilsgründe die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben, in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden"), und dem § 267 III, 1 („Die Gründe des Strafurteils müssen ferner das zur Anwendung gebrachte Strafgesetz bezeichnen . .")

[29] Einen eigenen Abschnitt „Verbrechen und Vergehen gegen das Vermögen" oder ähnlich kennt das StGB zwar nicht. Dennoch werden im Schrifttum die Vermögensdelikte oft im Zusammenhang behandelt. Mezger (Ltf., S. 85) zählt zu den Vermögensdelikten die Delikte der §§ 242—266 u. 284—305 StGB. Wir verstehen unter Vermögensdelikten die Delikte, deren Bestrafung vorwiegend den Schutz des Vermögens (einzelner Vermögensrechte oder des Vermögens überhaupt) bezweckt.

[30] Die hier nur angedeuteten Beispiele werden an passender Stelle im Hauptteil gründlicher gewürdigt werden.

Verkündung solcher Urteile wurde. Berechtigt, oft noch zu wenig und zu schwach, waren nur die Angriffe auf den Gesetzgeber und auf die Gesetzgebungsmaschine.

Einen beachtenswerten Vorschlag zur Besserung dieser Übelstände hat W a c h gemacht.[32]

„Wir scheiden", so rügt er mit Recht [35], „Diebstahl, Unterschlagung . . , Betrug . . . mit einer Schärfe, als handle es sich dabei um im Leben völlig getrennte eigenartige Erscheinungen . ." Diese Differenzierung erscheine für die der Wirklichkeit entsprechende Beurteilung des Angriffs bedeutungslos.[33]

W a c h macht nun seinerseits auch einen Besserungsvorschlag und fordert einen „umfassenden Mischtatbestand" [34]:

> „Wer in der Absicht, sich (oder einem Dritten?) einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen durch Aneignung diesem gehöriger beweglicher Sachen oder durch Täuschung oder Zwang beschädigt, wird . . . bestraft." [35]

Wer an einem so umfaßendem Mischtatbestand Anstoß nehme, dem empfehle er wenigstens die Zusammenfassung von Diebstahl und Unterschlagung in einem Bereicherungsmischtatbestand und die Zusammenfassung von Erpressung, Raub und Betrug in ein Vermögensbeschädigungdelikt, zwei Gruppen, die man doch diffenrenzieren müsse,[36] etwa ein „einheitliches, vorsätzliches Vermögensbeschädigungsdelikt, verübt durch Entfremdung, Beschädigung oder Zerstörung von Sachen, durch Täuschung oder Zwang, durch Mißbrauch anvertrauter Verfügungsgewalt oder benachteiligendes Führen fremder Geschäfte, durch die Zwangsvollstreckung vereitelnde Beseitigung von Befriedigungsmitteln und dergl." [37]

Der Gewinn eines solchen Mischtatbestandes sei, abgesehen von der Vereinfachung, die Gleichwertigkeit der verschiedenen Angriffsformen mit dem Ergebnis der Einheit des Verbrechens.[38]

---

[32] W a c h „Legislative Technik" (in VDA, Bd. VI, 1908, S. 1—83, bes. S. 34—72). Neuerdings haben sich die Stimmen gegen den Tatbestand wieder gemehrt; s. bes. D a h m Grundfragen, S. 63 f.: er nennt B e l i n g s Lehre vom Verbrechen und vom Tatbestand „ein recht eigentlich zergliederndes und letztlich ein zersetzendes Denken". Dieses abstrakte Denken bringe, so führt er ganz in unserem Sinne aus, den „Zerfall des Verbrechensbegriffs mit sich" (S. 63). „Die Lehre vom Tatbestand ist . . schädlich. Sie verdunkelt das Wesen . . der Verbrechen. Begriff und Wort des Tatbestandes sollten," so fordert er, „aus der Strafrechtsdogmatik verschwinden" (S. 89).

[33] Merkwürdigerweise findet sich gerade bei B e l i n g der dem W a c h schen Vorwurf ähnliche Satz: „Der Tatbestand gehört nur dem Gesetz, nicht dem realen Leben an." (L. v. V., S. 113.)

[34] W a c h, S. 71; kurz vorher S. 62 schreibt er jedoch: ‚Der in Schwang gekommene Ausdruck ‚Mischtatbestand' ist dunkel."

[35] A. a. O., S. 69. [36] A. a. O., S. 71.

[37] Dieses „u. dergl." läßt übrigens vermuten, daß W a c h selbst befürchtet, sein Mischtatbestand umfasse doch nicht alle Fälle strafwürdiger Vermögensbeschädigung. [38] A. a. O., S. 70.

W a c h bezeichnet seinen Vorschlag selbst als Ketzerei. Er hat auch keinen Erfolg damit gehabt, vielmehr wird auch das kommende Strafgesetz Einzeltatbestände nach Art des geltenden Strafgesetzbuches enthalten.[39] Dennoch finden sich auch heute noch Vorschläge in der W a c h schen Richtung.[40]

Wenn man, wie das geltende und das kommende Strafgesetz, an Tatbeständen, die von nichtrichterlichen Gesetzgebern geprägt werden, festhält, muß diesem Lösungsversuch widersprochen werden; denn W a c h geht von einer nicht sonderlich großen Anzahl kranker Fälle[41] aus, weist besonders auf die Lücken des Gesetzes hin und verschreibt eine Medizin, die auch die Gesunden einnehmen sollen. Warum soll man deshalb, weil heute die Kristallisation der Tatbestände in Grenzfällen (mehr noch in konstruierten Beispielen) einer Verurteilung Schwierigkeiten bereitet, während

---

[39] S. M e z g e r, der selbst der amtlichen Strafrechtskommission angehört, in seinem Ltf., S. 48. — Vgl. über die Bedeutung des Tatbestandes im kommenden Strafrecht überhaupt bei F r e i s l e r, ZStrW 55, 503—532. Speziell f. d. Vermögenstatbestände schreibt K o h l r a u s c h, (Festschrift f. S c h l e g e l b e r g e r) S. 203: „Auch das kommende Strafgesetzbuch wird in einem Besonderen Teil Tatbestände bringen."

[40] Z. B. F r a e b, GS 108, 72: Er verlangt „die Schaffung eines zentralen Tatbestandes" als das „freie und offene Bekenntnis zur Überwindung eines individualistischen Strafrechts", als Bekenntnis zum „Weltanschauungsstaat einer völkisch materiellen Gerechtigkeit" . . usw. — F r e i s l e r fordert ebenfalls einen zentralen Tatbestand zum „Schutz des Volkes", bei dem es der „Krücke der Analogie" nicht mehr bedürfe. „Schutz des Volkes . . ?", S. 31. — Dagegen mit Vorsicht K r ä m e r, S. 60 f.: Der richtige Zeitpunkt für die „Verwirklichung dieses Projektes" werde erst gekommen sein, wenn der „deutsche Rechtswahrer erst einmal das Notmittel der Analogie sicher zu handhaben weiß".

[41] Ein W a c h scher Beispielfall soll hier, da er auch das Verständnis des Folgenden vorbereitet, mitgeteilt sein:

a) S. 70: A will sich eine dem B gehörige an X verkaufte Sache verschaffen. Er sucht vergeblich, sie ihm durch Täuschung abzugewinnen, geht zur Drohung über und entreißt sie endlich dem widerstrebenden Eigentümer. Es sei widersinnig, hier versuchten Betrug oder versuchte Unterschlagung oder versuchte Erpressung mit vollendetem Raub in Tateinheit anzunehmen. —

b) A nimmt teils mit Gewalt, teils erzwingt er das Geben. Nach heutigem Recht Konkurrenz von Erpressung und Raub.

c) Die „heutige zweckwidrige Kristallisation der Tatbestände" müßte besonders für die Berücksichtigung der Vorstellung und des Willens des Täters Schwierigkeiten bereiten: A schuldet dem X 1000 RM, begibt sich mit seinem Sohn zu X. Sie führen folgendes Manöver aus: A sagt: Ich will zahlen und bitte um Rückgabe des quittierten Schuldscheines. Der Sohn zählt das Geld auf den Tisch, während X quittiert und den Schuldschein A überreicht. Sofort streicht der Sohn das Geld (wieder) ein und Vater und Sohn entfernen sich mit Geld und Schuldschein. Ist Geld und Urkunde ins Eigentum übergegangen, die Schuld erloschen, so liegt objektiv Diebstahl vor. Nun denke man, daß Vater und Sohn gemeint hätten, das Geld sei im Eigentum des Vaters, der Schuldschein im Eigentum des X geblieben, so fehlt es für einen Gelddiebstahl am Dolus, für einen Schuldscheindiebstahl am objektiven Tatbestand (Versuch?). Für den Betrug mangle so ziemlich alles (wirklich?). Das Fazit: — Straflosigkeit? — In all diesen Fällen helfe der Mischtatbestand.

sie doch meistens eine klare und mühelose Verurteilung (wegen Diebstahls, Betrugs usw.) ermöglicht, die Tatbestandsunterscheidung herkömmlicher Art auch in zweifelsfreien Fällen aufgeben und auch in schon bisher klaren Fällen auf Grund jenes Mischtatbestandes wegen „Vermögensbeschädigung" oder wegen „Bereicherung" verurteilen? Das widerspräche sehr der erprobten und auf allen anderen Gebieten für gut gefundenen Sprach- und Denkgepflogenheit, die eine Tanne als Tanne und eine Fichte als Fichte bezeichnet und nur in den seltenen Fällen von einem Nadelbaum oder gar bloß von einem Baum redet, in denen Nacht oder Nebel die Unterscheidungsmerkmale nicht erkennen lassen. Dazu kommt, daß der W a c h sche Vorschlag den Kreis der Delikte weiter faßt, als der Gesetzgeber ihn fassen wollte [42]; er umfaßt sogar Fälle, die nicht einmal mit §§ 2 und 2b StGB bestraft werden können.[43]

Daß der W a c h sche Vorschlag auch kriminal-politisch unbrauchbar ist, weil er die Diebe nicht von Betrügern und die Räuber nicht von den Erpressern unterscheidet, die doch, besonders zu gewissen Notzeiten, eine verschiedene Behandlung erfordern, erwähnen wir nur nebenbei.

C Die §§ 2 und 2b StGB der Novelle vom 28. Juni 1935 als Lösung

Es wäre freilich nicht weniger verfehlt, weil die Gesunden keine Medizin brauchen, auch die Kranken ohne Heilmittel zu lassen. Vielmehr mußte, da der Gesetzgeber nicht vom Tatbestand ablassen will, eine Lösung gefunden werden, die den in der Mehrzahl der Fälle erträglichen Rechtszustand und die Einzeltatbestände beibehält, für jene Fälle aber, bei denen sich die Einzeltatbestände als unzulänglich erwiesen haben, Abhilfe bringt. Diese Lösung versuchen die jahrzehntelang geforderten und vorbereiteten,[44] von der gegenwärtigen Regierung endlich als Gesetz verkün-

---

[42] Ein bezeichnendes Beispiel: W a c h fragt, S. 72: „Weshalb soll die vorsätzliche Vermögensbeschädigung (ohne Bereicherungsabsicht) durch Täuschung straflos sein, wenn die durch Zugriff (§ 303) . . strafbar ist?"

[43] Unter den W a c h schen Mischtatbestand (s. oben S. 6) würde auch die Entwendung von fremden beweglichen Sachen in der Absicht, sie einem D r i t t e n zuzueignen, fallen, was wie unten (D I 2b) gezeigt werden wird, nicht einmal durch § 2 StGB in Verbindung mit § 242 StGB bestraft werden kann.

[44] Lockerung, sogar Aufhebung des Analogieverbots war von jeher eine naheliegende Forderung. Sie findet sich vor dem neuen § 2 StGB z. B. 1934 bei M e z g e r „Der Tatbestand im Strafrecht", S. 302, der zunächst vorschlägt, durch sogenannte normative Tatbestandselemente den Richter freier zu stellen, dann aber „daneben" anregt: „Die vorsichtige und behutsame Lockerung des Analogieverbots", „wo die allgemeine Anschauung eine Bestrafung fordert . . und (!), diese Bestrafung zugleich dem Grundgedanken des anzuwendenden Strafgesetzes entspricht. Die Tatbestände sollen unbeirrbare Richtlinien einer

deten Vorschriften des neuen § 2 StGB (Lockerung des Analogieverbots) [45] und des in der gleichen Novelle vom 28. Juni 1935 veröffentlichten § 2b StGB (unbeschränkte Zulassung der sogenannten Wahlfeststellung).

§ 2 StGB n. F. lautet:

Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft.

§ 2b StGB lautet:

Steht fest, daß jemand gegen eines von mehreren Strafgesetzen verstoßen hat, ist aber eine Tatfeststellung nur wahlweise möglich, so ist der Täter aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen.

Diese beiden neuen Paragraphen sind geschaffen worden, um den beiden erwähnten Hauptübeln des Tatbestandes, dem Analogieverbot und dem Verbot alternativer Tatbestandsfeststellung abzuhelfen; sie haben aber, da die einzelnen Tatbestände erhalten geblieben sind, für diese auch eine Art Wandlung[46] und zwar eine Ausweitung[47] ihres Inhalts gebracht. Diese Bedeutung wollen wir im folgenden, da bei der Betrachtung des Einzelnen die Sätze des Allgemeinen am schärfsten erprobt werden können,[48] für die ver-

jeden richterlichen Beurteilung bleiben." — Aber auch die Vorschläge der Zulassung einer alternativen Tatbestandsfeststellung sind von beachtlichen Rechtslehrern durchdacht und vorbereitet worden. Vgl. z. B. den Bericht Kitzingers DJZ 1923, 24 u. 26, der eine „ernsthafte Würdigung" der Vorschläge erwartet, „durch eine materiell-rechtliche Bestimmung die so notwendige . . alternative Feststellung des Tatbestands" zu ermöglichen.

[45] Mezger, DJZ 1936, 601 f. formuliert wohl etwas zu scharf: § 2 StGB bedeute „etwas ganz anderes als die Zulassung der Analogie".

[46] Mezger, der selbst beachtliche Beiträge zur Klärung des Begriffs und der Bedeutung des strafrechtlichen Tatbestandes (vgl. unser Schrifttumsverzeichnis) geleistet hat, will mit Rücksicht auf den neuen § 2 StGB „nicht verschweigen, daß wir in der Tat umlernen müssen;" der gesetzliche Tatbestand sei nicht mehr „nur die Wiedergabe des gesetzlichen Wortlautes und seiner Erweiterung im Wege der Auslegung, sondern auch die aus gesundem Volksempfinden und dem Grundgedanken eines Strafgesetzes gewonnene Beschreibung der strafbaren Tat" (Ltf., S. 49).

[47] § 2 StGB hat nicht nur „einfach die Aufgabe, dem Sinn des Gesetzes Geltung zu verschaffen, wo sein Wortlaut mißglückt ist," wie Zimmerl Gegenwartsfragen, S. 177 meint, sondern weitet alle Tatbestände, auch die, deren Wortlaut geglückt ist, über ihren Wortlaut hinaus aus, wenn z. B. die technische Entwicklung Verbrechen ermöglicht, die auch der geglückteste Wortlaut des vor dieser Entwicklung verkündeten Gesetzes nicht berücksichtigen konnte.

[48] Ein gutes Beispiel für die Klarlegung allgemeiner Sätze an Hand von einzelnen Beispielen bildet die von uns wiederholt angezogene Dissertation W. v. Hippels, „Ist Diebstahl an fließendem Wasser möglich?" 1895, die Müller in seiner gedankenreichen Erlanger Dissertation „Das Flußwasser steht im Eigentum!" 1899 „unhistorisch", aber „scharfsinnig" (S. 38) nennt.

mögensrechtlichen Tatbestände [49] des Strafgesetzbuches untersuchen. „Vermögensrechtliche Tatbestände" verstehen wir dabei im weitesten Sinn; der Tatbestand nicht nur der Vorschriften soll darunter verstanden sein, die ausdrücklich von Schädigung fremden oder von Vermehrung eigenen Vermögens sprechen, wie etwa der Betrug, sondern auch der der Bestimmungen, die auf Verletzung von Rechten abgestellt sind, die man gewöhnlich als Vermögensrechte bezeichnet, wie bei Diebstahl, Unterschlagung, Sachbeschädigung.[50] Wir werden daher eine Reihe von solchen Tatbeständen, nämlich Diebstahl (schwerer Diebstahl), Unterschlagung, Betrug, Hehlerei und Sachbeschädigung [51] durchgehen und daraus die Bedeutung der §§ 2 und 2b StGB für die vermögensrechtlichen Tatbestände überhaupt zu erkennen suchen und schließlich viele Beobachtungen für die Tatbestände des Strafgesetzbuches schlechthin machen können.

Unser Thema lautet also:

> Die Bedeutung der entsprechenden Anwendung der Strafgesetze und der sogenannten Wahlfeststellung für die vermögensrechtlichen Tatbestände des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich.

In einem ersten Teil fragen wir nach der Bedeutung der entsprechenden Anwendung der Strafgesetze (§ 2 StGB), im zweiten, kleineren Teil nach der Bedeutung der sogenannten Wahlfeststellung (§ 2b StGB) für die vermögensrechtlichen Tatbestände. Wir werden feststellen können, daß die §§ 2 und 2b StGB eine fühlbare Lockerung der Bindung des Richters an den Buchstaben des Gesetzes gebracht haben, daß der Richter aber durch das Gesetz, gerade durch die Gesetzesbestimmungen der §§ 2 und 2b StGB selbst, an gerechten Urteilen und somit an seiner höchsten Aufgabe in einigen Fällen immer noch gehindert sein kann.

---

[49] Wir haben deshalb die vermögensrechtlichen Tatbestände gewählt, weil sie die weitaus häufigsten Delikte gegenüber den anderen Deliktsgruppen sind und daher bei ihnen nicht nur die Ungerechtigkeiten des Analogieverbotes und einer nur in zu engen Grenzen möglichen Alternativfeststellung besonders deutlich empfunden wurden, sondern die Rechtsprechung auch schon die Bedeutung der §§ 2 u. 2b StGB für die Tatbestände erproben konnte; 1933 trafen auf 100 000 strafmündige Reichsdeutsche etwa 973 Verbrecher, davon vergingen sich etwa die Hälfte (476) nur gegen das Vermögen (Kriminalstatistik, S. 20).

[50] In diesem Sinne faßt auch Kohlrausch im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft den Begriff der Vermögensdelikte, S. 739, auf.

[51] Wir bearbeiten also nicht alle vermögensrechtlichen Tatbestände des StGB, sondern nur die genannten, weil auch an ihnen die Vorzüge, aber auch die Schwierigkeiten der §§ 2 und 2b StGB für alle vermögensrechtlichen Tatbestände erkannt werden können und weil wir, abgesehen von der Rücksicht auf den Umfang der Arbeit, unser Problem nicht mit rein konstruierten Fällen, sondern hauptsächlich an Hand von Fällen, die in der Praxis eine Rolle gespielt haben, erörtern wollen.

„Das antike Recht war ein Recht von Körpern, unser Recht ist das von Funktionen... Eine Umstellung des gesamten Rechtsdenkens nach Analogie der höheren Physik und Mathematik wird zur Forderung der Zukunft. Das gesamte soziale, wirtschaftliche und technische Leben wartet darauf, endlich in diesem Sinne begriffen zu werden."

Oswald Spengler, Der Untergang des Abendlandes, Band II Seite 97 f.

ERSTER TEIL

Die Bedeutung der entsprechenden Anwendung der Strafgesetze für die vermögensrechtlichen Tatbestände

A Gedankengang dieses Teils

Wir haben eingangs erwähnt, daß ein Teil der Bedenken gegen den Tatbetand von dem Analogieverbot herrührt. Die Rechtsprechung hat sich in Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung [52] an das Analogieverbot des § 2 StGB a. F. wenigstens grundsätzlich gehalten und dieser Bindung entsprechend ohne Rücksicht auf ungerechte Freisprechungen die Tatbestände im engen Anschluß an den Gesetzeswortlaut ermittelt und angewandt. Die Rechtsprechung, besonders die des Reichsgerichts, hat aber die wegen dieser Bindung notwendig gewordenen ungerechten Entscheidungen nur schweren Herzens erlassen, und daher, wie es bei einem gewissenhaften Richter verständlich ist, sozusagen praetorische Versuchungen bekommen und die Tatbestände mit recht gekünstelter Auslegung (Sachwerttheorie, teleologische Begriffsbildung) gelegentlich über den Wortlaut hinaus [53] ausgedehnt [54], aber nicht einmal auf diese Weise ungerechte Freisprechungen völlig vermeiden können. Diese aus der Not erwachsenen Auslegungstheorien hat das Reichsgericht auch nach der Lockerung des Analogieverbots beibehalten, was zu neuen Ungereimtheiten führen mußte, da die Grenze zwischen unmittelbarer und entsprechender Gesetzesanwendung so noch unklarer wurde. Außerdem

---

[52] Vgl. die Nachweise in Anm. 27.

[53] Daß das RG in Fällen, bei denen aus den strafgesetzlichen Tatbeständen selbst eine Entscheidung nicht zu entnehmen ist, von sich aus sogar neue Rechtsfiguren geprägt hat, wie z. B. den sogenannten übergesetzlichen Notstand (vgl. Mezger, Lehrb., S. 241), sei hier zur Unterstützung des Nachweises der Unzulänglichkeit des Strafgesetzes nur erwähnt.

[54] Manche haben sogar von einer Verletzung des Analogieverbotes durch das RG gesprochen; so Schwinge, S. 49.

wird künftig zu Schwierigkeiten führen, daß § 2 StGB die Bindung an das Gesetz (schon an den § 2 StGB selbst) nicht beseitigt, sondern nur gelockert, also nur einen Teil des von uns beklagten Übels geheilt, das Problem sozusagen nur um eine Stufe weiter, allerdings im Sinn der Gerechtigkeit insofern verschoben hat, als es dem Richter künftig möglich sein wird, wenigstens auf den Grundgedanken eines Strafgesetzes, wenn schon nicht auf die „Rechtsordnung" (die eigentlich nur eine „Gesetzesordnung" ist) oder gar auf das Recht selbst, zurückzugreifen. Der Satz Kohlrauschs[55], § 2 StGB habe „die Grenzen für die Rechtsfindung weit genug gesteckt", scheint uns etwas übertrieben.

Diese Ansicht soll im Ersten Teil dargelegt und verteidigt werden.

Da das Problem — was zu betonen Anlaß besteht — ein Problem des Tatbestandes geblieben ist, mag es gestattes sein, zwei Fachausdrücke, die wir verwenden werden, vorzuschlagen, um den Tatbestand in zwei Unterarten zu teilen: in den „gesetzlichen Tatbestand" — darunter verstehen wir den Tatbestand, der sich durch Auslegung der den Tatbestand beschreibenden Vorschrift ergibt — und in den „entsprechenden Tatbestand" — darunter verstehen wir den Tatbestand, der sich mit Hilfe des § 2 StGB, also im Anschluß an den durch ein bestimmtes Strafgesetz geschilderten Tatbestand aus dessen Grundgedanken[56] in Übereinstimmung mit dem gesunden

[55] In der Festschrift für Schlegelberger, S. 203.

[56] § 2 StGB läßt, wie aus seinem Wortlaut erhellt, nur die sogenannte Gesetzesanalogie (Anwendung eines einzelnen Strafgesetzes auf einen nicht ausdrücklich geregelten Fall) zu, nicht die sogenannte Rechtsanalogie (Anwendung eines Grundsatzes, der aus mehreren oder aus allen Gesetzen erschlossen wird, auf einen nicht ausdrücklich geregelten Fall): . . „Nach dem Grundgedanken eines (nicht „des") Strafgesetzes". — Sternagel-Haase weist mit sorgfältigen Nachweisen darauf hin, daß diese Zweiteilung ihren Ursprung schon bei Grolmann hat und gelegentlich bestritten, sogar übersehen wurde (Anm. 30—32); auf S. 75—79 weist er zutreffend darauf hin, daß aus § 2 StGB schon deshalb ein Verbot der Rechtsanalogie folgt, weil dem Richter sonst ein bestimmter Strafrahmen fehlte, aus dem er das Strafmaß zu entnehmen vermöchte, S. 78. — Unverständlich ist daher die Erläuterung von L. Schäfer-Lehmann-Dörffler 2 zu § 2 StGB: „Es handelt sich nicht um eine bloße Zulassung der Gesetzesanalogie." „Der Rechtsgedanke (?) kann sich auch aus einer Mehrzahl von Gesetzen ergeben." — Ebenso unrichtig K. Schäfer in seiner Besprechung der Novelle (JW 1935, S. 323—26): „Das Gesetz macht keinen Unterschied zwischen Gesetzes- und sogen. Rechtsanalogie." — Bei der unserer Rechtsordnung zugrunde liegenden Trennung der richterlichen Gewalt zwischen Gesetzgebern und beamteten Richtern müßte der Gesetzgeber auch zu große Unsicherheiten von einer Rechtsanalogie fürchten, da das Prinzip, das mehrere Gesetze oder gar die gesamte Rechtsordnung umfaßt, viel schwieriger als der „Grundgedanke des Strafgesetzes", dessen Erforschung, wie wir sehen werden, ohnedies das schwierigste und keineswegs noch gelöste Problem des § 2 StGB ist. — Vgl. Sternagel-Haase, S. 69 u. 74, (der bes. Gürtner, K. Schäfer, Staudinger u. Schmidt, Schwarz nennt u. würdigt) bes. S. 75—79; auch Kohlrausch IV zu § 2 StGB. Gegen das Vorstehende, wie ich während der Drucklegung erfahre, Mezger ZAKDR 1938, S. 116 ff (117).

Volksempfinden ermitteln läßt. Genauer wäre es vielleicht, zu sagen, daß man früher unter Tatbestand nur das verstanden hat, was wir unter gesetzlichem Tatbestand verstehen und daß § 2 StGB den alten Tatbestand erweitert und ihm noch die Fälle angereiht hat, die durch die Zulassung entsprechender Anwendung strafbar gemacht werden. Entsprechend dieser Einteilung unterscheiden wir dann auch Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes („gesetzliche Tatbestandsmerkmale") und Merkmale des entsprechenden Tatbestandes [57] („entsprechende Tatbestandsmerkmale"). Der Tatbestand hat durch § 2 StGB also eine Erweiterung erfahren, allerdings nur um die Fälle, auf die (natürlich unter Berücksichtigung des gesunden Volksempfindens) der Grundgedanke eines Strafgesetzes zutrifft.[58]

B Der Unterschied zwischen Auslegung und entsprechender Anwendung der Strafgesetze

Die Unterscheidung der gesetzlichen Tatbestände von den entsprechenden macht die Unterscheidung der Auslegung von der entsprechenden Anwendung der Strafgesetze notwendig; dazu kommt, daß das Strafverfahrensrecht vom Richter verlangt, im Urteil erkennen zu lassen, ob er ein Strafgesetz unmittelbar oder entsprechend anwendet.[59] Schon deshalb wird künftig auch die

[57] Man hat die Tatbestandsmerkmale zu verschiedenen Gruppen zusammengefaßt, so insbesondere in sogenannte deskriptive und sogenannte normative Tatbestandselemente geteilt. Die normativen bedeuteten eine Anweisung an den Richter, im Einzelfall eine bestimmte Wertung Platz greifen zu lassen (Mezger, Der Tatbestand im Strafrecht, S. 299). Wir werden die Tatbestandsmerkmale in unserem Ersten Teil in keine Gruppen, auch nicht in die genannten einteilen. Die Bedenken, die wir gegen eine solche Gruppenbildung haben (wie kann im Einzelfall erkannt werden, ob der Gesetzgeber ein deskriptives oder ein normatives Tatbestandsmerkmal formen wollte?), können hier jedoch unerörtert bleiben, da von § 2 StGB alle Merkmale in der gleichen Weise gefaßt werden. Nicht ohne Anlaß fragt daher Wolf („Die Typen der Tatbestandsmäßigkeit", S. 57): „Ist die Auflösung der normativen Tatbestandsmerkmale überhaupt möglich? Ist nicht in jeder Tatbestandsbeschreibung, weil sie eine Typisierung enthält, auch ein Stück Tatbestandswertung vorweggenommen?" Die Frage ist natürlich auch umgekehrt zu stellen. Wolf kommt zu dem Ergebnis: „Alle Tatbestandselemente sind normativ." „Selbst scheinbar unerschütterlich feststehende Begriffffe, wie der des „Hundes" schwanken" (S. 59). —

[58] Unsere Ansicht, auch die entsprechende Anwendung eines Gesetzes sei noch Anwendung des darin enthaltenen Tatbestandes, wird dadurch gestützt, daß in der Urteilsformel die entsprechende Anwendung nicht zum Ausdruck kommt, sondern einfach wegen Betrugs, Diebstahls usw. verurteilt wird, da das StGB eine Erwähnung der entsprechenden Anwendung des Gesetzes nur in den Gründen verlangt. Vgl. § 267a II in Verbindung mit § 265 I StPO.

[59] Das ergibt sich außer aus den §§ 267a und 265 I StPO auch aus dem neuen § 347a StPO, wonach an Stelle der sonst zuständigen Revisionsinstanz bei Analogiefragen das RG zuständig werden kann. Die Wichtigkeit dieser Unterscheidung betont Schwinge im Hinblick auf § 2 a. F. StGB (S. 1).

Unterscheidung zwischen Auslegung und entsprechender Anwendung der Strafgesetze, obwohl beide zur selben Bestrafung führen, notwendig bleiben.[60]

Die Rechtsprechung, voran das Reichsgericht, hat in dem Bestreben ungerechte Freisprechungen zu verhindern und gezwungen durch das Analogieverbot zu einer möglichst ausdehnenden Auslegung der Strafgesetze seine Zuflucht genommen und sich dabei in theoretische und konstruktive Schwierigkeiten und Inkonsequenzen verstrickt. Viele Fälle wurden unter dem Vorwand einer Auslegung mit Hilfe einer verschleierten Analogie gelöst.[61] Man hat dafür den treffenden Ausdruck „de facto-Analogie“ [62] geprägt.

Auslegung und entsprechende Anwendung sind folgendermassen zu unterscheiden.

Die Auslegung eines Strafgesetzes, d. h. die Ermittlung seines für den Einzelfall maßgebenden Sinnes,[63] hat auszugehen von dem Wortlaut des Gesetzes (grammatische Auslegung), wobei die Entstehungsgeschichte[64] und der Zusammenhang der Vorschrift mit anderen Vorschriften zu berücksichtigen sind.[65] Nur so kann der gesetzliche Tatbestand erschlossen werden. Der seit einigen Jahren in Schwang gekommenen[66] „teleologischen Begriffsbildung“ [67]

---

[60] Über die Trennung dieser Begriffe herrscht Streit. Manche sehen in der Analogie nur eine Unterart der Auslegung (z. B. Ihering, M. E. Mayer; diese und nahezu ein weiteres Dutzend Vertreter dieser Ansicht zählt Sternagel-Haase in Anm. 6 auf). Die Mehrzahl der Schriftsteller trennt die Begriffe, wenn auch mit verschiedenen Formulierungen und Begründungen (nahezu 20 Vertreterr dieser herrschenden Ansicht sind bei Sternagel-Haase Anm. 6 mit Nachweisen aufgeführt). Mit sehr vielen Angaben über das Schrifttum unterscheidet auch Dalen, Analogie und extensive Interpretation im Strafrecht (Kölner Diss. dieses Titels 1929, S. 4).

[61] Das wurde im Schrifttum natürlich längst erkannt; s. Sternagel-Haase, S. 22 mit Nachweisen in Anm. 74; Sternagel-Haase gibt auch eine, freilich nur „annähernd vollständige“ Aufzählung dieser Fälle, S. 25—43.

[62] Eick, S. 64 ff. [63] Ähnlich Mezger, Lehrb., S. 79.

[64] Die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte bringt freilich, wie wir bei § 243 StGB sehen werden, die Gefahr widersprechender Auslegungsergebnisse. Wir können die ironische Bemerkung Kitzingers, S. 10, Nr. 6 daher gut verstehen: es sei eine „Tragikomödie der Rechtserklärung“, daß das, was feststeht, mit solcher Auslegung wieder umgestoßen werden können: „In der Mathematik kann man nicht bestreiten, daß 2×2=4 ist. Im Recht kann man es, etwa mit der Begründung, daß der Abgeordnete X in der Reichstagssitzung . . gesagt habe, es sei das keine Wirklichkeit, sondern nur eine Form unseres Erkennens, oder mit der, es sei dies zwar im Allgemeinen richtig, in diesem Fall aber und in diesem Zusammenhang dem Willen des Gesetzgebers widersprechend.“ [65] Vgl. Mezger, Lhrb., S. 80.

[66] Auch das Reichsgericht folgt ihr in neuerer Zeit, wenn auch zögernd. Vgl. die Entscheidungsbeispiele bei Wallis, S. 26 f.

[67] Es sei hier die große allgemeine Schwierigkeit dieser „Begriffbildung“ (in Wirklichkeit handelt es sich um eine Auslegung) wenigstens angedeutet; sie liegt darin, daß das Gesetz nicht nur den Schutz einzelner Interessen, sondern einer Vielzahl von Interessen bezweckt. Welches dieser Interessen ist das für die „Begriffsbildung“ maßgebende? In die gleiche Verlegenheit kommt

(Hauptvertreter Schwinge[68]), die, daher hat sie ihren Namen, mehr vom Zweck als vom Wortlaut einer Vorschrift ausgeht, vermögen wir dabei nur wenig zu folgen, nämlich nur insoweit, als bei mehreren möglichen Bedeutungen eines Wortes oder einer Wortgruppe — viele Worte enthalten ja recht verschwommene und dehnbare Begriffe („unzüchtig") — in zweiter Linie der Zweck der Vorschrift,[69] sofern dieser aus der Entstehungsge-

auch die sogenannte Rechtsguttheorie; zu dieser viel besprochenen Fragengruppe äußert Schaffstein (DStr. 1937, S. 345 f. mit Nachweisen) auf das einschlägige Schrifttum (Zimmerl, Schwinge) zutreffend: Diese Lehre sei gezwungen, „den Inbegriff aller jener mannigfaltigen und vielfach einander widersprechender (besser: widersprechenden), sich gegenseitig beschränkenden Faktoren, die für die jeweilige Tatbestandsgestaltung bedeutsam geworden sind ‚Rechtsgut' zu nennen". Schaffstein gibt (DStR 1935, S. 97 ff., bes. 99) einen Überblick über diese Lehre und lehnt sie ab. „Im nationalsozialistischen Recht kann die Rechtsgüterschutztheorie die systematischen und methodischen Funktionen nicht mehr erfüllen, welche ihr Aufklärung und Liberalismus in ihrem Strafrecht zuerkannt hatten", S. 202, sie sei ein „Trennungsdenken"; der „Neubau des nationalsozialistischen Strafrechtssystems habe dagegen zum Grundstein die Auffassung des Verbrechens als Pflichtverletzung". Als ob eines nur ohne das andere denkbar wäre! Dieser Streit spielt zu unseren Fragen jedoch nur eine geringe Rolle; wir möchten aber wenigstens anmerkungsweise sagen, daß u. E. jeder einzelne Mensch (ebenso wie jede Gemeinschaft) Rechte an Gütern hat, deren Verletzung strafwürdiges Unrecht ist. Insoweit Schaffstein in der Rechtsguttheorie eine „terminologisch-methodische Abwandlung" dieser naturrechtlichen Auffassung sieht und sie daher bekämpft, können wir ihm nicht folgen.

[68] Mezger scheint ihr nicht in allem zu folgen, weil er (Ltf., S. 36) tadelt, die „sogenannte teleologische Gesetzesauslegung" habe die Bedeutung des Gesetzeszweckes „nicht immer mit zutreffenden Worten" hervorgehoben. — Wichtige Vertreter, bes. Hegler und Grünhut nennt Sternagel-Haase Anm. 19.

Schwinge, der Hauptvertreter dieser Ansicht, geht in seiner viel beachteten (s. Mezger, Lehrb., S. 79—81), Habilitationsschrift „Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht" (1930), zu weit: „Nicht der Sprachgebrauch", so schreibt er S. 50, „entscheidet im Zweifel über die begriffliche Ausprägung, welche die gesetzlichen Tatbestandsmerkmale erfahren, sondern die Rechtsschutzaufgabe, die dem betreffenden Rechtssatz gesetzt ist. Wortsinn und Sprachgebrauch schaffen immer bloße Indizien." Daher kommt er zu der den Wortsinn vergewaltigenden und jenseits aller Auslegung liegenden Ansicht: „Vieles, was man . . als verbotene Analogie . . aufgefaßt hat, ist uns nichts weiter als erlaubte Entfaltung des Inhalts des Rechtssatzes" (S. 68). Wir verkennen nicht, daß hier der von Spengler aufgezeigte Rhythmus unserer Kulturformen erfaßt und auf die Funktion der Dinge zum Menschen abgestellt ist. Jedoch können diese Gedanken nicht in einer Auslegung, sondern nur in einer entsprechenden Anwendung der Strafgesetze verwendet werden; jedenfalls heute, wo man Analogie nennen darf, was Analogie ist, braucht zu einer solchen Aufblähung der gesetzlichen Tatbestände mit Hilfe des „Gesetzeszwecks" (= gesetzgeberische Ideale, ratio, Wert, Schutzobjekt, Rechtsgut, S. 58) nicht mehr Zuflucht genommen zu werden. — Woher will übrigens Schwinge den Zweck eines Gesetzes oder dessen Rechtsgut erfahren? Führt es nicht zu einem circulus vitiosus, wenn „wir uns klar zu werden versuchen, wie sich die Rechtsgüter aus den Sätzen des positiven Rechts (die doch nicht aus dem Sprachgebrauch, sondern aus ihrer „Rechtsschutzaufgabe", S. 50 heraus verstanden werden müssen!) ermitteln lassen" (S. 59).

[69] Vgl. Anm. 67.

schichte oder der systematischen Stellung der Gesetzbestimmung zu erkennen ist, für die Wahl der im Einzelfall richtigen Bedeutung ausschlaggebend sein soll. Die Auslegung muß aber immer beim „noch möglichen Wortlaut“ [70] bleiben. So wird für den jeweils zu beurteilenden Einzelfall mühelos zu ermitteln sein, ob der Wortlaut der in Frage kommenden Tatbestandsschilderung eines Paragraphen den zur Beurteilung aufgegebenen Sachverhalt deckt. Dabei wird, was wir oben betont haben, oft festgestellt werden müssen, daß der Wortlaut einer Vorschrift den Sachverhalt nicht mehr deckt. Dann darf nicht mit einer „extensiven Interpretation“ oder einer Zweck„auslegung“ der Sinn und Inhalt der Worte vergewaltigt werden. Vielmehr muß nach dieer Feststellung [71] ohne Zögern geprüft werden, ob der Grundgedanke einer Vorschrift zutrifft. Eine Auslegung mit Hilfe des Gesetzeszwecks oder gar mit Hilfe des „immanenten Zwecks des Rechts selbst“ [72] braucht nicht mehr versucht zu werden. Sie führt zu einer lebensfremden, sprachlich unmöglichen und vom Volk nicht verstandenen Aufblähung oder Verschiebung der Wortinhalte eines Gesetzes. Die Beachtung des Grundgedankens (der von anderen Gedanken eines Paragraphen weniger schwer zu unterscheiden ist, als dessen „Zweck“) des Gesetzes ermöglicht eine Berücksichtigung unserer Kulturformen im Sinne des erwähnten Spenglerschen Funktiondenkens;[73] sie sagt auch unverblümt,

[70] Eine oft gebrauchte Wendung s. z. B. Sternagel-Haase, S. 31. Der Ausdruck ist freilich nicht ganz scharf, man würde besser sagen: „um eine vom Wortlaut noch gedeckte Auslegung“.

[71] Aus dem Wortlaut des § 2 StGB ergibt sich nicht zwingend, daß einer entsprechenden Anwendung eines Strafgesetzes immer die Prüfung vorausgehen muß, ob eine unmittelbare Anwendung möglich ist: „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes . . .“ Über die Reihenfolge der Befolgung dieser mit „oder“ verbundenen Satzglieder sagt das Gesetz selbst nichts; jedoch sagt die amtliche Begründung, wie es gemeint ist (S. 29): „Ist der Richter zu der Überzeugung gekommen, daß eine Tat, die das Gesetz nicht ausdrücklich für strafbar erklärt, nach dem Grundgedanken . . . Bestrafung verdient . . “ — Das RG hat wiederholt auf diesen Vorrang der unmittelbaren Anwendung vor der entsprechenden hinweisen müssen; zuletzt in JW 1937, S. 3084: „Erst wenn aus dem festgestellten Tatbestande für die unmittelbare Anwendung des Strafgesetzes ein Hindernis hervorgeht, kann in der Regel überhaupt in Frage kommen, ob das Gesetz entsprechend anzuwenden sei.“ Ein „Musterbeispiel für eine (in diesem Punkt) verfehlte Anwendung des neuen § 2 StGB“ ist das Urteil des Schöff. G. Weissenfels vom 12. 3. 36. Vgl. hierzu die Anm. K. Schäfers in JW 1936, S. 1615, ähnlich Schäfer auch in JW 1936, S. 3014 f. — Zur Unterstützung dieser richtigen, herrschenden Auslegung des § 2 StGB könnte man noch auf § 267a I StPO hinweisen, wonach das Gericht erst dann zu prüfen hat, „ob durch entsprechende Anwendung . . . der Gerechtigkeit zum Siege verholfen werden kann“, wenn die Hauptverhandlung ergeben hat, daß die Tat „im Gesetz nicht für strafbar erklärt ist.“

[72] So Mezger, Lehrb., S. 81. Woraus will aber Mezger den „immanenten Zweck des Rechtes selbst“ entnehmen, wenn er im Gegensatz zum RG (RG 62, 67) „naturrechtliche Gedanken im engeren Sinn“ nicht zugrundelegt?

[73] S. Anm. 2

daß es sich nicht um eine wörtliche Anwendung des Strafgesetzes handelt. Die so gewonnenen Tatbestände sind vielmehr (dem Grundgedanken der gesetzlichen) entsprechende Tatbestände.

C Begriff und Voraussetzungen einer entsprechenden Anwendung der Strafgesetze

I. BEGRIFF

Entsprechende Anwendung (= Analogie [74]) ist der Schluß von der Ähnlichkeit der Voraussetzungen auf die Gleichheit der Folgen; in unserem Fall also von der Ähnlichkeit einer Tat und ihrer Merkmale mit dem gesetzlichen Tatbestand (= Voraussetzungen) auf die Gleichheit ihrer strafrechtlichen Würdigung (=Folgen).[75] Das Wesen der Analogie besteht demnach darin, daß die regelmäßigen Voraussetzungen einer Folge nur zum Teil vorliegen, daß aber die Folge so eintritt, als lägen alle Voraussetzungen vor; bei der Analogie wird also darüber hinweggesehen, daß ein Teil der Voraussetzungen für eine Folge fehlt oder den regelmäßigen nur ähnlich ist. Genauer würde man daher sagen, nur die Straffolge oder die strafrechtliche Würdigung, nicht „ein Strafgesetz" wird auf Voraussetzungen, die den gesetzlichen Voraussetzungen der Tatbestände (bezüglich des Grundgedankens) nur ähnlich sind, angewandt.

II. VORAUSSETZUNGEN

§ 2 StGB [76] hat das Analogieverbot gelockert und eine entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes unter folgenden Voraussetzungen zugelassen:

---

[74] Vom Griechischen ἀναλογεῖν = im richtigen Verhältnis zu einer Sache stehen, ihr entsprechen, ihr angemessen sein;; ἡ ἀναλογία = das richtige Verhältnis, die Gleichheit. — Wir setzen die entsprechenden Anwendung, da wir sachlich nichts anderes als eine Analogie darunter zu verstehen vermögen, und glauben, der Gesetzgeber habe lediglich ein Fremdwort vermeiden wollen, auch im Wortlaut, entgegen dem Mezgerschen Vorschlag (Ltf., S. 36), gleich der Analogie und befinden uns auch mit dieser Ansicht in guter Gesellschaft: Z. B. Kohlrausch in seiner Anmerkung zu § 2 StGB: „In Abrede stellen, daß der § 2 StGB Analogieschlüsse fordere, ist zwecklos." (Anm. IV, 3 zu § 2 StGB). [75] Ähnlich Kohlrausch Anm. IV, 3 zu § 2 StGB.

[76] Auf die geschichtliche Entwicklung des sogenannten Analogieverbots sei wenigstens kurz eingegangen (vgl. hierzu Krämers sorgfältig belegte Ausführungen, S. 12 f): Das römische Recht kennt (trotz der lex Valeria) kein Analogieverbot (S. 12). In den alten deutschen Rechten fehlt es, da alles Recht Gewohnheitsrecht und die Strafe überwiegend privatrechtlicher Natur war (Bußkataloge), schon an den Voraussetzungen eines Analogiever-

1. Wenn nicht ein anderes Strafgesetz unmittelbar Anwendung findet. Unmittelbare Anwendung ist ja doch nur möglich, wenn der Unrechtsgehalt einer Tat erschöpfend durch unmittelbare Anwendung eines Strafgesetzes erfaßt werden kann.[78]

2. Der „Grundgedanke eines Strafgesetzes" muß auf den Sachverhalt zutreffen und die Tat nach diesem Grundgedanken Strafe verdienen. Vorweg sei bemerkt, daß es sich um den Grundgedanken nur eines Strafgesetzes handeln darf und es — leider — nicht genügt, wenn nur ein aus mehreren Strafgesetzen abgeleiteter Obergrundgedanke zutrifft; das wäre Rechtsanalogie.[79]

---

botes (S. 13). Die C. C. C. (Art. 125, 126) untersagt das Urteilen per analogiam den ungelehrten Richtern (S. 14); die sogenannte Aufklärung im 19. Jahrhundert (Feuerbach) formte den Satz nulla poena sine lege und führte ihn als Grundsatz in die Rechtswissenschaft und in die Gesetze ein; zu seinem Inhalt gehörte auch das sogenannte Analogieverbot (S. 5, 10 f). — Daß ein so gereiftes System wie das des katholischen Kirchenrechts ein den Sinn des Gesetzes verkennendes Analogieverbot nicht enthält, erwähnen wir nur nebenbei; „ubi eadem est ratio, ibi debet esse idem ius"; hier kann nicht nur auf den Grundgedanken einer Vorschrift zurückgegriffen werden, sondern auch auf allgemeine Rechtsgrundsätze (vgl. Eichmann, S. 70 f.); CJC C. 2222 § 1: „decet ... etiam sine praevia poena ... aliqua iusta poena punire ..." Wohlhaupter (S. 160 f.) scheint uns recht zu haben, wenn er (gegen Eichmann, S. 71) meint „aequitas canonica" und „aequitas naturalis" bedeuteten „Billigkeit" und knüpften an „die Normen des Naturrechts an, das ... Sätze zur Ergänzung ... der Normen darbietet." Folgende Stelle der nikomachischen Ethik scheint uns Wohlhaupter recht zu geben: Ποιεῖ δὲ τὴν ἀπορίαν, ὅτι τὸ ἐπιεικὲς δίκαιον μέν ἐστιν, οὐ τὸ κατὰ τὸν νόμον δὲ, ἀλλ' ἐπανόρθωμα νομίμου δικαίου. (Lib. V, Cp. X, 3). Aber auch das Strafgesetzbuch der solidarischen Sowjetrepubliken von 1922 ließ die Analogie zu (§ 10); dieser Paragraph wurde ebenfalls im Zusammenhang mit den Tatbestandsproblemen eingefügt: „Es ist in unserer Zeit unmöglich, alle verschiedenen Arten neuer Straftaten zu erfassen" (III. Tagung des Allukrainischen Zentralexekutivkomitees vom 15. 5. 22; zitiert nach Freund, S. 103). Freund, S. 14 sagt richtig, dieser § 10 entstamme der Auffassung, „wonach der Sowjetrichter besonders normierter Straftatbestände entraten kann"; die Festsetzung der Strafe erfolgt nach „sozialastischem Rechtsempfinden" (§ 9). Das StGB der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjet-Republik von 1926 hat den Analagieparagraphen etwas verändert beibehalten, Art. 16: „Wenn die eine oder die andere gemeigefährliche Handlung in diesem Gesetzbuch nicht unmittelbar vorgesehen ist, so bestimmen sich Grund und Umfang der Verantwortlichkeit dafür nach den Paragraphen ... die ihrer Art nach am meisten ähnliche Verbrechen" (nach Gallas, S. 16); vgl. hiezu Mezger, S. 78, namentlich E. Schmidts weiter ausholende Ausführungen, bes. S. 17.

[78] Wir werden über die Bedeutung des Unrechtsgehalts einer Tat für die Möglichkeit entsprechender Anwendung in Kapitel D I 4a handeln und verweisen auf diese Ausführungen.

[79] Vgl. über die Streitfrage „Gesetzesanalogie oder Rechtsanalogie?" Anm. 56. Die amtliche Begründung gebraucht S. 29 die Wendung: „Der Grundgedanke mehrerer Gesetze"; wir halten das für eine ungenaue Ausdrucksweise, gemeint sind damit die Grundgedanken mehrerer Gesetze. Die Berücksichtigung eines nur mehreren Gesetzen, nicht aber jedem einzelnen von mehreren Gesetzen zugrundeliegenden Gedankens, wie man aus dieser Wendung folgern

Wie dieser Grundgedanke zu ermitteln ist und durch welche Kriterien er etwa von anderen Gedanken eines Strafgesetzes, die nicht gerade Grundgedanken sind, unterschieden werden könnte, sagt weder das Gesetz noch seine amtliche Begründung. Daher wurde, wie unsere Arbeit des öfteren zeigen wird, gerade diese Voraussetzung Anlaß zu großen Meinungsverschiedenheiten. Der „Grundgedanke" ist die eigentliche Crux des § 2 StGB.[80]

Wir werden an Hand einzelner gesetzlicher Tatbestände versuchen, Methoden zu finden, um hinter den Grundgedanken des Strafgesetzes zu kommen; hiebei machen wir, ohne damit eine Lösung dieses Problems geben zu wollen oder zu können, der Übersicht halber folgende Unterscheidungen, auf die wir dann jeweils zurückverweisen werden:

a) Ein Sachverhalt fällt zwar unter den Grundgedanken eines Strafgesetzes, der Gesetzgeber hat aber zum Ausdruck gebracht, daß er dennoch nicht strafen will. Dieser Wille wird in der Regel durch Gegenschluß (argumentum e contrario) zu ermitteln sein. Die amtliche Begründung[81] nennt hiefür als Beispiel die lesbische „Liebe"[82]. Um zu erkennen, ob der Gesetzgeber eine solche bewußte Lücke bei der Formulierung seiner Tatbestände offen gelassen hat, halten wir es für die richtige Methode, zu fragen, ob es sprachlich ohne Schwierigkeiten möglich und naheliegend gewesen wäre, auch diese Lücke zu schliessen. Aus § 175 I StGB („ein Mann, der mit einem anderen Mann . . .") folgt daher, daß der Gesetzgeber den naheliegenden Wortlaut, der die Homosexualität überhaupt unter Strafe stellte, absichtlich nicht gewählt hat.

b) Ein Sachverhalt fällt unter den Grundgedanken eines Strafgesetzes, ohne daß der Gesetzgeber ihn straffrei lassen wollte; es handelt sich dabei um folgende Fälle:

α) Fälle, an die der Gesetzgeber gedacht hat, die aber wegen der sprachlich mangelhaften Formulierung nicht unter

---

könnte, soll nach § 2 StGB nicht erlaubt sein, denn dieser spricht nur von „dem Grundgedanken eines Strafgesetzes" und gibt im Satz 2 zu erkennen, daß auch dann, wenn der nämliche Grundgedanke jedem von mehreren Gesetzen eigen ist, das Strafgesetz entsprechend angewendet werden soll, dessen Grundgedanke am besten zutrifft.

[80] Wir können Zimmerl „Grundfragen", S. 179 in diesem Punkt nur zustimmen: Der Grundgedanke eines Strafgesetzes sei „der eigentliche Kern des Problems der Anwendbarkeit des § 2. Dehnt man den Begriff des „Grundgedankens" allzusehr aus, so gerät man ins Uferlose. Schränkt man ihn allzusehr ein, so verliert § 2 überhaupt jede Bedeutung."

[81] S. 28 f.

[82] Wir vermögen allerdings nicht einzusehen, aus welchen „staats- oder kriminalpolitischen Gründen der gesetzliche Tatbestand (der Bestrafung der Homosexualität) bewußt eng begrenzt" worden ist. Der Unrechtsgehalt der Homosexualität wird auch nach dem gesunden Volksempfinden davon unabhängig sein, ob es sich um homosexuelle Verbrechen zwischen Männern oder um solche zwischen Frauen handelt.

den Tatbestandswortlaut fallen (z. B. die sogenannte Fundunterschlagung);

β) Fälle, an die der Gesetzgeber, obwohl er hätte daran denken können, nicht gedacht hat und die er, wenn er daran gedacht hätte, bei der Formulierung des Tatbestandswortlauts berücksichtigt hätte (Wegnahme gewilderter Tiere);

γ) Fälle, die der Gesetzgeber deshalb nicht berücksichtigt hat, weil erst nach der Gesetzesverkündung die technischen, wirtschaftlichen, sozialen oder kulturellen Fortschritte diese Fälle möglich gemacht haben (Stromentwendung).[83]

Sind dem Gesetzgeber erst nach der Verkündung des Gesetzes, etwa durch die Rechtsprechung, Gesetzeslücken zum Bewußtsein gebracht worden und hat er es unterlassen, diese Lücken zu schließen, so kann daraus nicht gefolgert werden, daß es sich um eine beabsichtigte Gesetzeslücke handelt. Vom Gesetzgeber, auch vom heutigen, kann nicht verlangt werden, daß er jede Lücke sofort schließt, zumal gerade der § 2 StGB eine dauernde ausdrückliche Nachbesserung des Gesetzes, das ohnedies unübersichtlich genug geworden ist, verhindern will.

Beachtung wird bei diesen Fragen nach dem Sinn des Schweigens des Gesetzgebers der Gedanke verdienen müssen, daß eine ungerechte, strafwürdige Tat vom Gesetzgeber absichtlich deshalb nicht unter Strafe gestellt wurde, weil sie nur selten vorkommt und das öffentiche oder private Interesse keine Bestrafung heischt.[84]

3. Die Tat muß endlich nach dem gesunden Volksempfinden Strafe verdienen. Dieses Erfordernis, das wohl allen Strafgesetzen auch ohne eine erst entsprechende Anwendung innewohnt, hätte der Gesetzgeber besser nicht ausrücklich genannt. Mit dieser unklaren und, wie aus der Gesetzesbegründung selbst hervorgeht, vom Richter erst mit einem Wert auszufüllenden Wendung,[85] wird im Einzelfall, darauf kommt es an, häufig eine neue Schwierigkeit auftreten. Der Richter[86] (wer soll

[83] Vgl. Anm. 2

[84] Diese Unterscheidung hat das RG (RG DJ, 1936, 1578 f) ausdrücklich formuliert: „Mit dieser Beurteilung einer Beihilfe zur Selbsttötung (die der Senat für straflos erklärt) nach dem geltenden Rechte ist nicht ausgesprochen, daß eine solche Beihilfe erlaubt sei, wohl aber, daß kein Bedürfnis nach einer Bestrafung besteht." — Schmitt C., DJZ 1935, S. 921 hat daher Unrecht, wenn er meint: „Beim Fehlen eines gesetzlichen Tatbestandes muß der Richter den Täter freisprechen und ihm dadurch bescheinigen, daß er nicht gesetzwidrig, also rechtmäßig gehandelt hat."

[85] Amtliche Begründung, S. 29: „Die Feststellung der Übereinstimmung mit dem gesunden Volksempfinden ist eine wertende Feststellung."

[86] So auch ein großer Teil der neueren Lehranschauungen, z. B. Kohlrausch III zu § 2 StGB: Die Entscheidung liegt „letzten Endes" beim Richter; ihm sei damit die denkbar höchste Richteraufgabe gestellt, nämlich die „rechtsethische Selbstbestimmung".

sonst darüber entscheiden? [87]) wird häufig nicht mehr feststellen können, als daß seine Entscheidung seiner Ansicht nach dem gesunden Volksempfinden entspreche.[88] Daran wird er nicht einmal mit dem Hinweis, die Mehrheit des Volkes urteile anders, gehindert werden können, denn darauf kommt es sogar nach der amtlichen Begründung nicht an.[89] Stellt das Gesetz und seine Begründung schon keine Grundsätze für die Ermittlung des Empfindens des Volkes auf, so sagt es dem Richter erst recht nichts darüber, wodurch er das gesunde vom nichtgesunden Volksempfinden unterscheiden [90]soll.

Ohne daß man diesen Überlegungen jedoch weiter nachgegangen wäre, sind Erörterungen über die Bedeutung dieses gesunden Volksempfindens nur hinsichtlich der Frage gepflogen worden, welchen R a n g dieses Erfordernis gegenüber den anderen Erfordernissen des § 2 StGB einnehmen soll. Die einen [91] nennen das gesunde Volksempfinden die Wurzel allen Rechtes, auch des durch Analogieschlüsse erkannten, die anderen [92] wollen als erste Vor-

---

[87] Sehr schön legt diesen letzten Grund des Urteils, das „richterliche Gewissen", R u m p f, GA 60, 183 dar.

[88] Wir haben bei keiner auf Grund des § 2 StGB ergangenen Entscheidung noch mehr darüber gefunden, als daß das gesunde Volksempfinden hier Bestrafung verlange oder daß diese Entscheidung mit dem gesunden Volksempfinden in Einklang stehe oder so ähnlich.

[89] S. 29: „Gewisse ... Anschauungen können selbst dann nicht als mit dem gesunden Volksempfinden in Übereinstimmung stehend betrachtet werden, wenn sie sich mit der Anschauung der Mehrheit decken sollten." — Insofern ist diese Ansicht (s. S t e r n a g e l - H a a s e, S. 80), der (wie dort angeführt) auch K l e e folgt, nicht richtig, daß es sich beim gesunden Volksempfinden „um Konzessionen an den Individualismus handelt, insofern die Mehrzahl der Individuen ... den Trieb habe, ihre ... eigenen Interessen möglichst stark wahrzunehmen."

[90] Ebenso z. B. F r a e b, GS 108, 73, der zwar einerseits fordert, daß „der Zweck der Volksgemeinschaft" (was ist das für ein Zweck?), „auch das Gewissen des Volkes" (gibt es das? hat vielmehr nicht nur jeder einzelne ein Gewissen?) Prüfstein dafür sein müßte, „ob die ... Urteilsfindung richtig ist" (wie soll diese Prüfung vor sich gehen?), andererseits aber, ohne die sich hier ergebenden Widersprüche zu bemerken, zutreffend einräumt, daß „die Urteilsfindung (immer) eigene verantwortungs- und pflichtbewußte Entscheidung des Richters selbst" bleiben muß.

[91] S c h w a r z, Strafgesetzbuch, 1 zu § 2 StGB nennt das „völkische Rechtsdenken" die einheitliche Grundlage, aus der das „geschriebene Strafgesetz und die Rechtsschöpfung des Richters im Wege der Rechtsanalogie" strömten; daher sei es „sachlich richtiger, das gesunde Volksempfinden voranzustellen." — S c h ä f e r - D o h n a n y i, A III 2a zu § 2 StGB sagt, die Übereinstimmung mit dem gesunden Volksempfinden sei „zunächst" Voraussetzung einer Anwendung des § 2 StGB. — Nicht ganz soweit Mezger, DJZ 1936: § 2 StGB eröffne „neben dem Gesetz ... eine neue Rechtsquelle: das gesunde Volksempfinden," S. 602. Er sagt aber doch, § 2 StGB erhebe das gesunde Volksempfinden „zur maßgebenden Rechtsquelle" (S. 604).

[92] Z. B. Z i m m e r l, Gegenwartsfragen, S. 175: „Die e r s t e Voraussetzung der Strafbarkeit ... ist die Strafwürdigkeit nach dem G r u n d g e d a n k e n eines Strafgesetzes." (Fast wörtlich nocheinmal S. 177). S. 176: „Das gesunde Volksempfinden ist ... nicht einmal die erste Voraussetzung ...".

aussetzung der Analogie den Grundgedanken eines Strafgesetzes gelten lassen.

Aus dem Wortlaut des § 2 StGB läßt sich keine der beiden Ansichten begründen.[93] Die Frage nach dem Rang des gesunden Volksempfindens hat auch keinen Wert, da im Urteil beide Voraussetzungen nebeneinander begründet werden müssen. Praktisch wird die größere Bedeutung im Einzelfall dem Erfordernis des Grundgedankens beizulegen sein, da der Nachweis hiefür sich schwerer erbringen läßt, als der, daß die Entscheidung dem gesunden Volksempfinden entspreche. Daß der Gesetzgeber selbst das „gesunde Volksempfinden als Quelle allen Rechtes" nur mit gewissen Einschränkungen gelten läßt, geht daraus hervor, daß er sich durch das weitere Erfordernis „des Grundgedankens" die Entscheidung darüber vorbehalten hat, inwieweit dem gesunden Volksempfinden Rechnung getragen werden darf; eine Rechtsfindung nur auf Grund des gesunden Volksempfindens gestattet der Gesetzgeber nicht, wohl aber — bei unmittelbarer Gesetzesanwendung — eine Verurteilung ohne a u s d r ü c k l i c h e Berücksichtigung des Volksempfindens.[94]

Diese Ausführungen über das gesunde Volksempfinden haben wir an dieser Stelle gleich ein für allemal abgeschlossen und werden künftig bei den einzelnen Fällen nicht mehr eigens prüfen, wie es mit dem Erfordernis der Übereinstimmung mit dem gesunden Volksbewußtsein steht; es sei gestattet, hier schon das Ergebnis unserer diesbezüglichen Überlegungen anzuführen und zu sagen, daß die Fälle, in denen wir eine entsprechende Anwendung für möglich halten, unserer Ansicht nach auch nach dem gesunden Volksempfinden Strafe verdienen.

D Der g e s e t z l i c h e u n d d e r e n t s p r e c h e n d e T a t b e s t a n d e i n z e l n e r V e r m ö g e n s d e l i k t e

Nach dieser vorbereitenden Bemerkungen werden wir nunmehr bei den einzelnen Tatbeständen so vorgehen, daß wir die Tatbestände und innerhalb der einzelnen Tatbestände die Tatbestands-

[93] Insbeondere ist kein Argument daraus herzuleiten, daß der Gesetzgeber in § 2 StGB den Grundgedanken vor dem gesunden Volksbewußtsein nennt, denn in § 267a StPO gebraucht er die umgekehrte Reihenfolge.

[94] Das Verhältnis des Volksbewußtseins zur Gerechtigkeit wurde, soweit wir sehen, im juristischen Schrifttum anläßlich des neuen § 2 StGB nicht untersucht. In erstaunlich klarer Weise wird das Problem in der FZ vom 28. 7. 1936, S. 3 „Gänseraub in Haßleben" aufgeworfen. „Wenn Volksempfinden und Rechtsordnung auseinandergehen, ist es da immer die Rechtsordnung, die nachgeben und sich ändern muß? Ist nicht die Rechtsordnung ein Niederschlag eines g e l ä u t e r t e n Rechtsgefühls, das oft gesünder ist, als die Anschauungen, die sich selbst, oft allzu bereitwillig, als Volksempfinden betrachten? Muß nicht in solchen Fällen das Volksempfinden sich wandeln, um sich auf die Höhe der Rechtsordnung zu erheben? Und ist es nicht eine der wichtigsten Aufgaben allen Rechts, in solchem Sinne das Volksempfinden ... zu erziehen?"

merkmale gesondert untersuchen und darlegen, wie Lehre und Rechtsprechung, besonders das Reichsgericht, ursprünglich nur gesetzliche Tatbestandsmerkmale aus dem gesetzlichen Wortlaut ableiteten, später in vielen Fällen — nicht immer und oft sehr gezwungen — auch verschleierte entsprechende Tatbestände gebildet haben und wie die Rechtsprechung auch jetzt noch diese gekünstelten entsprechenden Tatbestände vielfach als gesetzliche bezeichnet, obwohl die Lockerung des Analogieverbotes die Bildung eines gleichwertigen entsprechenden Tatbestandes neben dem gesetzlichen ermöglicht. — Sodann werden wir die Grundgedanken der einzenen gesetzlichen Tatbestände herauszuarbeiten versuchen und dabei auf die Schwierigkeiten stoßen, die aus der immer noch vorhandenen Bindung des Richters, wenn auch nur mehr an den Grundgedanken eines strafgesetzlichen Tatbestandes, folgen.

Wir werden die Tatbestände im folgenden in der Reihe anführen, in der sie das Strafgesetz aufzählt. Wir sind uns der mangelnden Systematik dieses Vorgehens wohl bewußt, halten aber diese Gliederung, da sie jedem Juristen trotz der mangelnden Systematik am nachhaltigsten im Gedächtnis haftet, für das Übersichtlichste. Für die zahlreichen Vorschläge der Systematisierung der Vermögensdelikte mag das Wort K o h l r a u s c h s (der selbst ein neues System vorschlägt [95]) gelten: „Restlos geht ein System niemals auf." [95] Das gilt auch für den eingehenden und noch recht glücklichen Versuch, eine „Systematik der Vermögensdelikte" zu erarbeiten, den H e g l e r vor nunmehr 20 Jahren unternommen hat.[96] Zwar fehlt es ihm nicht, wie dem Strafgesetzbuch, daran, daß „die ... Einteilung nicht auf einem Einteilungsprinzip ruht", das sich als „Zerlegung eines wesentlichen (in der Regel artbildenden) Merkmals des ... Verbrechensbegriffs darstellt", und man dann nicht versucht hat, „bei dem weiteren Hinabsteigen diesem Einteilungsgesichtspunkt treu zu bleiben;" nur notfalls dürften „sekundäre Einteilungsprinzipien eingeführt werden, die aber ebenfalls wesentlichen Merkmalen des alten Oberbegriffs (des Verbrechensbegriffs) entnommen werden müssen." In der Gegenwart wird H e g l e r s Versuch jedoch schon deshalb abgelehnt werden, weil es sich für ihn bei den Vermögensdelikten „um den großen Kreis der Delikte ... an der Individualsphäre, von welcher das Vermögen als eine wichtige Seite erscheint",[97] handelt. Die wirkliche Schwierigkeit liegt jedoch anderswo:

H e g l e r selbst verkennt nicht, daß sich seine „Einteilung der Vermögensdelikte" wenigstens „dem geltenden Recht gegenüber

[95] Handwörterb., S. 746 f.

[96] „Die Systematik der Vermögensdelikte" in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, Bd. IX (1915/16): S. 153—162, 278—288, 369—392; Bd. X (1916/17): S. 26—40, 151—160.

[97] IX, 154.

nicht immer ganz ohne Schwierigkeiten durchführen“[98] ließe. „Die Unklarheiten des Gesetzgebers über verletztes Interesse und Art des Angriffs“, die Tatsache, daß wir es mit „von historischen Zufälligkeiten nicht freien Gebilden zu tun haben“, machen dies erklärlich.[99] Als eine Unebenheit des Hegler schen Vorschlags sei genannt die Stellung des Betrugs unter „die Vermögensverschiebungsdelikte wider den wahren Willen des Betroffenen.“ [100] Der Betrogene handelt doch nicht „wider seinen wahren Willen“; unklar bleibt wohl auch, wie der Wille des Betrogenen (sein wahrer oder sein unwahrer?) „irgendwie ein unfreier[101] im weitesten Sinn“ genannt werden kann. Unbequem muß es im Hegler-schen System ferner der Hehlerei werden; sie wird den beiden Klassen der Vermögensverschiebungsdelikte als besonders gelagerter Fall[102] angereiht, aber nur als „eine Art Vermögensverschiebungsdelikt im weitesten Sinn“,[102] da es sich, wie mit der herrschenden und richtigen Lehre weiter ausgeführt wird, um eine Perpetuierung einer rechtswidrigen, durch strafbare Handlung geschaffenen „Vermögensverschiebungslage“ [102] (also doch nicht um eine Vermögensverschiebung selbst?) handelt. Endlich nimmt Hegler, vielleicht um seine Kreise nicht stören zu lassen, einen Teil der Vermögensdelikte gar nicht in sein Gebäude auf, besonders nicht die „Verletzung der sogenannten Immaterialgüterrechte.“ [103] — Endlich gilt der Kohlrausch sche Satz: „Restlos geht ein System niemals auf“ auch von dem kommenden Strafgesetz [104], das zur Zeit von der Reichsregierung beraten wird.

---

[98] Er teilt in IX, 162 und X, 160 die Vermögensdelikte in folgende Klassen und Unterklassen, die er im Laufe seiner Abhandlung noch weiter unterteilt:

1. Vermögensverschiebungsdelikte
   a. ohne Willen und bewirkendes Handeln ... des Betroffenen (= Delikte der Willensumgehung, etwa Diebstahl, Unterschlagung)
   b. mit solchem Willen und Handeln (= Delikte des Willensmißbrauchs, etwa Betrug)
2. bloße Vermögensentziehungsdelikte
   a. ohne Willen und bewirkendes Handeln ... des Betroffenen (= Delikte der Willensentgehung, etwa Sachbeschädigung)
   b. mit solchem Willen und Handeln ... (= Delikte des Willensmißbrauchs, etwa Untreue).

[99] X, 159 f. [100] IX, 373. [101] IX, 374. [102] IX, 389.

[103] X, 156 f; dort ist auch nachgewiesen, welche Schriftsteller (bes. Binding und Kohler) diese Delikte richtigerweise zu den Vermögensdelikten zählen. Der Grund, den Hegler für die Außerachtlaßung dieser Delikte bringt: „Im Geistesprodukt, der Kundschaft usw.“ stecke „auch ein Stück Persönlichkeit“ trifft für alle Vermögensdelikte zu. Auch im Eigentum an Sachen steckt ein Stück Persönlichkeit; zumeist ist das das wichtigste Stück. Hegler scheint zu übersehen, daß das Vermögen des Menschen nur eine Art Projektion seiner seelischen Kräfte und Werte ist und daß es nur wegen dieser Beziehung zum Menschen geschützt wird.

[104] Siehe über die Bedenken, die gegen das noch gar nicht veröffentlichte, nicht einmal endgültig formulierte neue StGB in dieser Beziehung geltend gemacht werden, Kohlrausch (Festschrift für Schlegelberger, S. 206—209) vor allem paßt der Abschnitt: „strafbarer Eigennutz“ nicht zu den anderen.

§ 242 StGB bestimmt:

Wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Der Diebstahl gehört zu den wichtigsten und häufigsten [105] Delikten. Er ist sozusagen das Verbrechen und steht schon in den zehn Geboten als Repräsentant aller Vermögensdelikte. Da er auch eines der ältesten Delikte ist, wurde gerade bei ihm die Schwierigkeit besonders sichtbar, die wie erwähnt darin liegt, daß der deutsche Gesetzgeber den Fortschritt vom gegenständlichen zum funktionalen Denken nicht berücksichtigt hat. Demzufolge waren die Tatbestandsmerkmale des Diebstahls im besonderen Maße Gegenstand von Auslegungsstreiten, die im folgenden, so weit sie mit unserer Frage zusammenhängen, verfolgt werden sollen.

1. „Sache" im Sinn des § 242 StGB

a) Der Sachbegriff

Das Strafgesetzbuch definiert den Begriff „Sache" nicht, sondern gebraucht das Wort „Sache" an verschiedenen Stellen, ohne zu sagen, was darunter verstanden werden soll. Daher sind entsprechend den verschiedenen Auslegungstheorien — besonders die sogenannte teleologische Begriffsbildung ist hier zu erwähnen —[106]

---

[105] Unter 100 000 strafwürdigen Reichsdeutschen befanden sich 1933 etwa 973 Verbrecher; davon marschierten die Diebe mit 202 an der Spitze; mit einer Gruppe von nur 90 folgen erst die Betrüger (Kriminalstatistik, S. 20).

[106] Vgl. darüber die eingehende Untersuchung von E. Wolf „Der Sachbegriff im Strafrecht" in der Festgabe „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Bd. 5, S. 44—71. Wolf vertritt mit seiner „kultur-sozialen Sachtheorie" (S. 71) die von uns als Auslegungsmittel nicht gebilligte teleologische Begriffsbildung: „Dieses Recht teleologischer Begriffsbildung darf niemand dem Richter verkürzen" (S. 61). Er stellt nach gründlicher Untersuchung des Sprachgebrauchs (S. 47—51), der nicht einheitlich sei, nach der Erforschung der ratio legis (S. 51—53), folgende Definition auf: „Sache ist der empirische Kulturgegenstand der durch Beziehung auf Staatswerte zum Rechtsgegenstand wurde und Sachqualität (gebraucht in der Definition das zu definierende Wort!) durch Herrschaftsbeziehung auf einen rechtspersonalen menschlichen Willensträger gewonnen hat" (S. 67). Wolf gibt jedoch zu, daß dieser Begriff nicht jedes Mal paßt, wenn das Strafgesetzbuch von Sache spricht, so auch nur beschränkt für § 242 StGB, „weil der Wortlaut des Gesetzes „beweglich" deutlich genug die Stelle auf res corporales beschränkt" (S. 70). — Abgesehen davon- daß also mindestens für § 242 StGB ein eigener Sachbegriff zu bilden ist, lehnen wir diese Art von „Gesetzes„auslegung" überhaupt ab, weil sie den umgekehrten Weg einer Auslegung geht. Sie bezeichnet das, was sie geschützt wissen will und was

verschiedene Sachbegriffe gebildet worden; zwei Gruppen sind vor allem zu unterscheiden: der Sachbegriff der sogenannten Substanztheorie und der Sachbegriff der sogenannten Werttheorie; ihr Wesen und Unterschied wird aus diesen Ausführungen sofort erhellen.

Das Reichsgericht blieb bei diesem Merkmal bei der Wortauslegung und versteht unter Sache im Sinne des § 242 StGB „ein Stück raumerfüllender Materie",[107] einen körperlichen Gegenstand.[108] Daran hat das Reichsgericht[109] auch festgehalten, als die wirtschaftlich bedeutsame Frage aufgetaucht war, ob der elektrische Strom (den das Reichsgericht als unkörperliche Energie ansieht)[110] Objekt des Diebstahls sein kann.[111] Das Reichsgericht hat bei der Entscheidung dieser Frage alle Gesichtspunkte gewürdigt, die in solchen Fällen eines unzulänglichen Gesetzeswortlauts zu

---

nach den Grundgedanken eines Gesetzes oder mindestens nach dem Grundgedanken mehrerer Gesetze, sicher aber nach den Forderungen der Gerechtigkeit geschützt werden muß, als Sache; die herrenlose „Sache" wäre nach Wolf mangels einer „Herrschaftsbeziehung auf einen rechtspersonalen Willensträger" (worunter wir einen Menschen verstehen) überhaupt keine Sache mehr. — An Wolf schließt sich Hubernagel (DJZ 1935 S. 1204, Sache als „Ordnungsbegriff") und Schaffstein (GS 103, 308) an. Gegen Wolf u. a. Sternagel-Haase (S. 105 f), der eine „uferlose Erweiterung der Strafbarkeit" von dieser Theorie fürchtet, und Dietrich (S. 23), die sich mit Recht dagegen ausspricht daß ein Begriff schon „durch die Aufnahme ... in das Strafrecht" eine „spezifisch strafrechtliche Nuance bekomme." Selbstverständlich ist Sache ein, wie sie mit Recht sagt, außerrechtlicher, kultureller (S. 24) Begriff.

[107] Der Oberreichsanwalt bekämpft diese Auffassung in RG 32, 166 f vergebens.

[108] Harburger, S. 189 weist das schon an Hand älterer Entscheidungen nach.

[109] Die beiden Entscheidungen RG 29, 111—116; 32, 165—191 sind dadurch berühmt geworden.

[110] Ob der elektrische Strom nach der inzwischen aufgekommenen Elektronentheorie wirklich etwas Unkörperliches ist, kann hier unentschieden bleiben. Es sei nur darauf aufmerksam gemacht, daß die Physik diese Frage bejaht. Vgl. Frank I a. E. zu § 242 StGB; für die Zeit um die Jahrhundertwende vgl. die Ausführungen in Bindings Lehrb. I, S. 259, Anm. 1, wo die Lehrmeinungen zusammengestellt sind.

[111] Das RG hat in 2 gründlichen Entscheidungen zur Frage der Körperlichkeit der Elektrizität an diesem Grundsatz festgehalten (RG 29, 111; 32, 165), auch als das OLG München (Urteil vom 15. 1. 95 - GA 43, 58) anders entschieden hatte. Der Unterschied in der Auffassung dieser beiden Gerichte bezieht sich jedoch nicht auf die Frage, ob unter § 242 StGB auch unkörperliche Gegenstände fallen, sondern darauf, ob der Strom ein körperlicher Gegenstand ist oder nicht. Das OLG München hat diese Frage bejaht und wendet deshalb § 242 StGB an: Es könne dem elektrischen Strom „die Eigenschaft einer körperlichen Sache.., welche bei der Möglichkeit seiner Leitung an beliebige Punkte sich als beweglich und bei der Verbindung der Leitung mit der Elektrizitätsanlage, dann bei der Möglichkeit seiner Verstärkung oder gänzlichen Abstellung durch den Besitzer des Elektrizitätswerks sich als in dessen Gewahrsam befindlich darstellt, ebensowenig abgesprochen werden, wie dem Leuchtgas." — Die Möglichkeit an Strom Gewahrsam zu haben, bestreitet Fick, S. 28, zu Unrecht.

überlegen sind und hat ganz in unserem Sinne ausgeführt: „Wenn das Gesetz einen Begriff als gegeben und bekannt voraussetzt, so ist . . dem Sprachgebrauche[112] auf dasjenige besondere Gebiet, welchem der Begriff angehört, nachzugehen und . . die allgemein gültige Erkenntnis zu Rate zu ziehen; in der natürlichen Anschauung ist der Ursprung der einfachen Rechtsbegriffe zunächst zu suchen . .“[113] — „Nach der herrschenden natürlichen Auffassung, welche den Ergebnissen und dem Sprachgebrauche der Naturwissenschaft entspricht, kommt die Eigenschaft einer körperlichen Sache nur dem Stoff, der raumerfüllenden Materie zu.“[114] — Nach Darlegung der „natürlichen“[115] Anschauung, von der daher jeweils auszugehen sei, würdigt das Reichsgericht die Einwendungen gegen seine Ansicht: „Das gewiß nicht zu verkennende Rechtsschutzbedürfnis . . kann strafrechtlich eben nur insoweit berücksichtigt werden, als das bestehende Gesetz es gestattet. Auch der Zweck (!) des Gesetzes kann für desen Anwendung nicht allein maßgebend sein.“[113] — Das Reichsgericht bezeichnet in diesen Entscheidungen (1896—1899) auch noch deutlich das Problem, um das es bei einer Auslegung nach dem Zweck des Gesetzes in Wirklichkeit geht, nämlich um eine verschleierte Analogie: „Die Anwendung der Diebstahlsstrafen auf eine eigennützige Entziehung einer Kraft wäre nach dem Gesagten nur zu erreichen durch die Ausdehnung des Begriffs „Sache“ auf Erscheinungen der Außenwelt im weitesten Sinn . . Dies aber würde nicht mehr bloß eine extensive Auslegung des Gesetzes, sondern eine Erweiterung des dem § 242 StGB zugrundeliegenden strafrechtlichen Diebstahlsbegriffes auf analoge Fälle bedeuten.“ Der Grundsatz des Strafgesetzbuches und des § 2 I StGB a. F. dürfe, so führt das Reichsgericht in derselben Entscheidung aus, „nie dazu führen, eine bestehende Lücke des Gesetzes auszufüllen“.[116] Eine Möglichkeit, die Funktion der Sache oder einer Energie im Verhältnis zum Menschen als das eigentliche Schutzobjekt des Diebstahlstatbestandes zu betrachten, hat das Reichsgericht nicht wahrgenommen, da dem Gesetzgeber diese Erkenntnis fremd geblieben war. Das Reichsgericht spricht diesen Gedanken auch aus: „Das Bestreben, . . einer Anforderung des Verkehrslebens auf Schutz gegen Beeinträchtigung von Rechtsgütern gerecht zu werden“, dürfe den

---

[112] E. Wolf, S. 59 bestreitet gerade für diesen hier entschiedenen Fall den vom RG festzustellenden Sprachgebrauch.

[113] RG 32, 179 f, 186

[114] Nicht ohne alle Berechtigung weist jedoch Leutz zu diesen Sätzen dieser Entscheidung darauf hin, daß die „natürliche Auffasung“ und der „Sprachgebrauch der Naturwissenschaft“ sich widersprechen können. „Natürlich heißt nicht naturwissenschaftlich“ (S. 53 mit weiteren Ausführungen und Nachweisen). In der Frage der Körperlichkeit der Sache scheint uns der natürliche und der naturwissenschaftliche Sprachgebrauch jedoch gleich und beide scheinen uns richtig zu sein.

[115] E. Wolf nimmt gerade dagegen Stellung z. B. S. 56 f. [116] RG 32, 186

Richter über diese Grundsätze „nicht hinwegtragen".[116] „Wenn es als ein Bedürfnis des heutigen Rechtslebens anerkannt werden müßte, die widerrechtliche Aneignung elektrischen Stromes unter strafrechtliche Bestimmungen zu stellen, so wird deren Erlaß Aufgabe der Gesetzgebung sein."[117] Hätte das Reichsgericht sich immer an diesen Grundsatz gehalten, so wären uns manche theoretischen Widersprüche und Unklarheiten erspart geblieben und der Gesetzgeber wäre vielleicht schneller zur Einsicht gekommen!

Der Fall, der das Reichsgericht zu diesen grundsätzlichen Äußerungen über die Grenzen der Bildung gesetzlicher Tatbestände veranlaßt hatte, wurde entsprechend der erwähnten Anregung des Reichsgerichts durch das „Gesetz, betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit" vom 9. 4. 1900 (RGBl I, 228) dahin gelöst, daß die Elektrizitätsentwendung ausdrücklich unter Strafe gestellt ist.[118]

Es ist recht gut möglich, daß das Reichsgericht ohne dieses Gesetz diese korrekte Art der Gesetzesanwendung auch in diesem Fall aufgegeben hätte. Ebensogut hätte aber der Gesetzgeber, wäre das Reichsgericht immer so klar und fest geblieben, auch auf anderen Gebieten des Strafrechts zur Einsicht und Umkehr gezwungen werden können. Ein Erfolg dieser festen, klaren Entscheidungen auf Grund eines zurückgebliebenen altmodischen Tatbestandswortlautes (den der Gesetzgeber schließlich etwas verbesserte) war, daß künftig wenigstens in der Rechtsprechung, weitgehend auch in der Lehre, Streite, widersprechende oder die alten Urteile desavouierende Äußerungen unterblieben sind.[119]

Wenn künftig etwas Unkörperliches entwendet wird — Fälle, die schon die alten Entscheidungen en passant erwähnen[120] und die nach wie vor die Gerichte beschäftigen werden —, so muß

---

[117] RG 29, 116.

[118] Es mutet wie eine Ironie des Schicksals an, daß sich auch der in diesem Geetz neu geschaffene Tatbestand als zu eng erwies und das RG 68, 67 daher den nicht bestraft, der ein breitgeklopftes Zweipfennigstück an an Stelle eines Zehnpfennigstückes in einen vollautomatisch betriebenen Münzfernspecher wirft, weil zu der Zuwiderhandlung gegen § 1 des Gesetzes vom 9. 4. 1900 gehört, daß die Entziehung der elektrischen Arbeit „mittels" eines Leiters vorgenommen wird. Wie der Gesetzgeber bei diesem Versuch die Bindung des Richters wieder nur auf gesetzlichem Wege durch neue Gesetze zu lockern erfahren mußte, daß auch diese gelockerte Fessel immerhin noch eine Fessel ist — RG 68, 67 —, so wird er es nach geraumer Zeit auch aus den Erfahrungen mit § 2 StGB n. F. erkennen müssen.

[119] Vgl. statt aller Harburger, S. 189 mit Nachweisen und Ebermayer II 1 vor § 242 StGB: „Rechte, insbesondere Forderungen und geistige Erzeugnisse, Immaterialgüter, sind keine körperlichen Sachen und daher kein Gegenstand des Diebstahls."

[120] „Als Dieb könnte kaum mit weniger Recht derjenige bestraft werden, der etwa durch Herstellung eines Anschlusses an die Transmission des Andern dessen Wasserkraft oder mechanische Kraft widerrechtlich mit in Benutzung nimmt." (RG 32, 187).

geprüft werden, ob mit Hilfe eines der „Sache" entsprechenden Tatbestandsmerkmals[121] verurteilt werden kann.

Bei dieser Prüfung erst ist es am Platz, mit Wolf und Schwinge nach der ratio legis zu fragen oder, was damit gleichbedeutend ist, nach dem Zweck und nach dem Grundgedanken des Diebstahlverbotes.

Die Möglichkeit, ein dem gesetzlichen Tatbestandsmerkmal der Sache entsprechendes Tatbestandsmerkmal zu bilden, ist angezweifelt worden.[122] Hier tun sich in der Tat beachtliche Schwierigkeiten auf.

Auch wir lehnen die Bildung eines der Sache entsprechenden Tatbestandsmerkmals ab[123] und zwar mit Hilfe eines Gegenschlusses aus dem Wortlaut des § 242 StGB. Der Gesetzgeber wollte unter Sache etwas Körperliches verstanden wissen. Sonst hätte er nicht in § 266 StGB a. F. neben den Sachen noch die „Forderungen oder andere Vermögensstücke" genannt. Eine entsprechende Anwendung des Sachbegriffs auf unkörperliche Gegenstände würde nichts gewinnen lassen, da ein solcher unkörperlicher Gegenstand nicht „fremd" sein könnte, da nach BGB, das für dieses Merkmal (s. unten) unbestritten entscheidend ist, nur körperliche Gegenstände in Eigentum stehen können. Man müßte also in jedem Fall die Bildung auch gleich eines der Fremdheit der Sache entsprechenden Merkmals miterörtern. Unerklärbar bleibt freilich, was sich der Gesetzgeber beim Gesetz vom 9. 4. 1900 unter „fremder elektrischer Arbeit" vorgestellt hat. Aus einem anderen Gegenschluß ergibt sich, daß unkörperliche Gegenstände und Energien nicht unter den Grundgedanken des § 242 StGB fallen; auch die, die den Grundgedanken des Diebstahltatbestandes auf unkörperliche Gegenstände und Energien ausdehnen wollen, übersehen nämlich, daß der Grundgedanke des § 1 des Gesetzes, betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit jedenfalls besser zutrifft, als etwa der des § 242 StGB

[121] Falls unsere Wendungen zu der Auffassung verleiten, wir wollten aus einem einzelnen Tatbestandsmerkmal, anstatt, wie § 2 StGB vorschreibt, aus einem bestimmten ganzen Einzelstrafgesetz, einen Grundgedanken ableiten, so sei hier ausdrücklich bemerkt, daß wir das einzelne Tatbestandsmerkmal und die Bildung entsprechender Tatbestandsmerkmale immer im Hinblick auf den Grundgedanken des einen Tatbestand schildernden Strafgesetzes versuchen. — Vgl. Zimmerl, Gegenwartsfragen, S. 180: „Die einzelnen Merkmale sind ... nach ihrem an dem Zweck der Gesetzesstelle orientierten Sinn auszulegen ...".

[122] Kohlrausch (32. Auflage!) IV 4 zu § 2 StGB sieht gerade in der Frage, „ob Energieentziehung in analoger Anwendung des § 242 StGB" bestraft werden kann, ein typisches Beispiel für die Schwierigkeit der Anwendung des § 2 StGB.

[123] Z. B. Sternagel-Haase, S. 106:" ..Eben nur die Wegnahme .. raumfüllender Gegenstände .."; auch er hält eher noch die entsprechende Anwendung von § 1 des Stromentwendungsgesetzes für möglich, da der Grundgedanke des furtum usus hier ausnahmsweise bestraft werde; außerdem handle es sich um einen unkörperlichen Gegenstand.

und daß daher § 2 Satz 2 StGB befolgt werden muß; denn unkörperliche Gegenstände und Energien sind der ebenfalls unkörperlichen elektrischen Arbeit ähnlicher als einer körperlichen „Sache". Daß die Elektrizität, das ursprüngliche Problem dieser Frage, nur mehr als Eigenschaftswort sich in § 1 des genannten Gesetzes findet und das Hauptgewicht auf „Arbeit" liegt (das Gesetz spricht von „elektrischer Arbeit"), erleichtert die entsprechende Anwendung auf andere Energieformen. Durch den Gegenschluß, es sei in bewußter Beschränkung nur von elektrischer Arbeit die Rede, kann unsere Auffassung nicht widerlegt werden, weil der Gesetzgeber an die Entwicklung der Technik und die Bedeutung anderer Energieformen im Jahre 1900 noch nicht gedacht hat; die wirtschaftliche und technische Entwicklung war damals noch nicht so weit fortgeschritten[124] (vgl. C II b γ dieses Teils). Daß die geringe Höchststrafe (2 Jahre Gefängnis und Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte[125]), das Antragserfordernis und der Mangel einer Rückfallstrafe rechtspolitisch bedenklich sind, mag dem Gesetzgeber gesagt werden; zu beachten ist, daß im Gegensatz zu dem ähnlich geformten neuen § 265a StGB der § 1 dieses Gesetzes nicht nur hilfsweise gilt.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß ein dem gesetzlichen Tatbestandsmerkmal Sache im Sinne des § 242 StGB entsprechendes Tatbestandsmerkmal nicht gebildet werden kann.

b) Die Fremdheit der Sache

Anders ist es bei dem Tatbestandsmerkmal der Fremdheit der Sache.

„Fremd" ist eine Sache, wenn sie im Eigentum einer anderen Person steht,[126] was sich, wie unbestritten ist und vom Reichsgericht wiederholt entschieden wurde,[127] ausschließlich nach Privatrecht oder nach öffentlichem Recht[128] richtet.

---

[124] Kohlrausch (Festschrift f. Schlegelberger), S. 211, sagt mit Recht: „Beschränkung auf Elektrizität hatte keinen Grund."

[125] Die Strafe ist immerhin so hoch, daß man nicht sagen kann, der Unrechtsgehalt einer Energieentwendung werde durch das Gesetz nicht erfaßt, daher sei § 242 StGB statt seiner entsprechend anzuwenden. Übrigens müßte erst untersucht werden, ob die unten zu behandelnde Frage des Unrechtsgehalts eines Verbrechens die gleiche Bedeutung hat, wenn 2 entsprechende Anwendungen und nicht eine entsprechende und eine unmittelbare Anwendung in Frage stehen.

[126] So mit allen übereinstimmend Frank III zu § 242 StGB.

[127] Z. B. RG 39, 179: „Die Frage, wem Bernstein gehört, beantwortet sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts." RG 39, 415: „Körperliche Sachen, die zur Konkursmasse gehören, .. stehen ... im Eigentum des Gemeinschuldners und sind für ihn keine fremden Sachen. Die Wegnahme .. solcher Gegenstände bedeutet .. keinen Eingriff in die Rechte des Eigentümers ... wie ihn §§ 242 .... StGB unter Strafe stellen." — Vgl. auch RG 61, 336 f.

[128] So für alle Ebermayer II 3 vor § 242 StGB.

Ein der Fremdheit der Sache entsprechendes Tatbestandsmerkmal wird selten erforderlich werden, denn die meisten der Fälle, in denen es sich um ein Eigentumsdelikt bezüglich einer nichtfremden Sache handelt, ermöglichen eine den Unrechtsgehalt der Tat voll sühnende Bestrafung aus anderen Vorschriften. So wird z. B. der Gemeinschuldner, der sich in Bezug auf die ihm noch gehörenden Massesachen vergeht, regelmäßig wegen Untreue (§ 266 StGB),[129] der Zopfabschneider[130] wegen Körperverletzung (§ 223 StGB) strafbar sein.

Bei der Eigenart der privatrechtlichen Vorschriften über die Entstehung des Eigentums sind immerhin Fälle denkbar, in denen eine Strafgesetzlücke stehen bleiben mußte, die nur durch Bildung eines der Fremdheit der Sache entsprechenden Tatbestandsmerkmals geschlossen werden kann. So z. B. wenn A aus dem Metzgerladen des B ein gewildertes Reh wegnimmt, ohne sich zu überlegen, ob es jemandem gehöre oder gewildert sei. Da das Reh von B gewildert ist, hat daran nach § 958 BGB noch niemand Eigentum erlangt; das Reh ist nach wie vor herrenlos. A hat also keine fremde Sache entwendet. Eine ausreichende Bestrafung[131] ist ohne Bildung eines der Fremdheit der Sache entsprechenden Tatbestandsmerkmals nicht möglich.[132] Im Schrifttum wurde bisher

---

[129] Angedeutet in dem soeben erwähnten Fall RG 39, 416.

[130] Den Zopfabschneider wollen viele als Dieb strafen, weil das Mädchen ein ausschließliches Aneignungsrecht an seinem abgeschnittenen Zopf habe und mit dem Abschneiden dessen Eigentümerin werde. Mit Recht rügt Frank, daß diese Ansicht „sich auf keinen bestimmten Rechtssatz berufen kann" und sagt, daß die Körperverletzung der maßgebende Gesichtspunkt ist. Vgl. auch die Nachweise für beide Meinungen bei Frank III 2e zu § 242 StGB.

[131] a) RG 39, 433 nimmt entsprechend seiner subjektiven Versuchstheorie in diesem Fall die Möglichkeit eines Diebstahlversuches an, weil der Täter an die Tauglichkeit der in Wirklichkeit untauglichen, weil fremden Sache zum Diebstahl glaubte. Abgesehen davon, daß die subjektive Versuchstheorie, wenn auch herrschend, doch unrichtig ist, weil sie bei Untauglichkeit des Objektes, also bei einem Mangel am Tatbestand, rechtsirrtümlich bestraft (siehe Frank III a. E. zu § 43 StGB), fehlt es im vorliegenden Fall an dem Nachweis dafür, daß sich A überhaupt eine, wenigstens eine falsche Vorstellung von den Umständen gemacht hat, die das Eigentum an dem gewilderten Reh betrifft. Das RG will hier daher sorgfältig geprüft wissen, „ob der Angeklagte glaubte, daß das Reh im Eigentum eines andern stände." RG 39, 433.

b) Eine Verurteilung des A auf Grund des § 292 StGB, die Ebner, GA 54, 252—268 vorschlägt, ist ebenfalls abzulehnen; s. Frank III 2b zu § 242 StGB, wozu als Begründung wohl nachzutragen ist, daß der Hase schon durch Besitzergreifung des „Bestohlenen" aufgehört hat, Gegenstand der Betätigung des Jagdrechts zu sein. Ebner meint, grundsätzlich sei eine Neufassung des § 292 StGB erforderlich (S. 268), kommt aber, „allerdings recht mühselig und umständlich", (S. 268) zu dem Ergebnis, daß zur Anwendbarkeit des § 292 StGB „nur Herrenlosigkeit, ... nicht auch Freiheit von Besitz erforderlich" sei (S. 267). Wie wir Kohlrausch, Anm. 3 zum neuen § 292 StGB, der in dieser Frage keine Änderung brachte.

[132] „Das geltende Recht (vor der Zulassung der entsprechenden Anwendung) bietet (in diesem Fall) überhaupt keine Möglichkeit der Bestrafung", Frank III 2 b zu § 242 StGB.

eine entsprechende Anwendung des § 242 StGB in diesem Fall nicht bestritten.[133]

Die Bildung dieses entsprechenden Merkmals hätte folgendermaßen vor sich zu gehen:

§ 242 StGB ist ein Eigentumsdelikt. Dem Jagdberechtigten steht auch nach der Wilderei noch ein Aneignungsrecht an dem gewilderten Reh zu. Dieses Aneignungsrecht gilt, wie das Eigentum selbst, als ein dingliches Recht und hat ähnlich wie dieses zum Grundgedanken, jeden anderen in einer rechtlich und wirtschaftlich entfernteren Stellung zum Wild zu belassen, und bringt die herrenlose Sache Reh dem Aneignungsberechtigten wirtschaftlich und rechtlich[134] näher als allen anderen. Diese Ähnlichkeit rechtfertigt es, die Sache entsprechend einer im Sinn des § 242 StGB fremden zu behandeln. Der Gegenschluß dahin, daß der Gesetzgeber gerade diesen Fall straffrei lassen wollte und ihn deshalb nicht genannt hat, ginge fehl; dafür wäre kein Grund ersichtlich. Schon die umständliche Konstruktion dieses tatsächlich einfach gelagerten Falles läßt vermuten. daß der Gesetzgeber diesen Fall übersehen hat (vgl. C II 2 ß dieses Teils). Zur Unterstützung eines etwa notwendigen Nachweises des gesunden Volksempfindens mag hier noch angeführt sein, daß unsere Konstruktion den Übeltäter auch juristisch so sieht, wie das Volk ihn auf den ersten Blick beurteilt: als Wild d i e b.

c) Beweglichkeit der Sache

Das gesetzliche Tatbestandsmerkmal der Beweglichkeit, d. h. der tatsächlichen Bewegbarkeit[135] hat sich bisher als ausreichend für eine Bestrafungsmöglichkeit erwiesen, zumal es genügt, daß die Sache erst zum Zweck des Wegnehmens bewegbar gemacht wird, z. B. durch Herausreissen der an einem fremden Haus festgemauerten Marienstatue oder durch Pflücken fremder Früchte. Die Bildung eines der Beweglichkeit entsprechenden Tatbestandsmerkmals ist daher nicht erforderlich.

Wir haben dieses Tatbestandsmerkmal nur angeführt, um im Verlaufe unserer Arbeit wenigstens an e i n e m Tatbestandsmerkmal zu zeigen, daß es überflüssig ist in Fällen, in denen unbestrittenermaßen die Bildung entsprechender Tatbestandsmerkmale nicht erforderlich ist, eine Erörterung über die Anwendbarkeit des § 2 StGB zu beginnen. Wenn wir daher im Verlaufe der Arbeit einige Tatbestandsmerkmale stillschweigend übergehen, so handelt es sich meist um solche Fälle.

---

[133] Kohlrausch Anm. 3 zu § 292 StGB erwähnt diesen Fall ausdrücklich als ein Beispiel der Anwendung des § 2 StGB. Ebenso Sternagel-Haase, S. 108, beide aber sind auf den Grundgedanken nicht eingegangen.

[134] Er ist z. B. der Antragsberechtigte im Sinne der §§ 294, 292 I StGB.

[135] Frank II zu § 242 StGB.

2. Zueignungsabsicht

a) Die „Absicht, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen"

Das Tatbestandsmerkmal der Zueignungsabsicht[136] gehört zu den umstrittensten. Es ist Paulus' Verdienst, in seiner Münchener Dissertation[137] unter gründlicher Würdigung und Verwendung der Vorarbeiten, namentlich der Reichsgerichtsentscheidungen, Klarheit in viele Fragen dieses Komplexes gebracht zu haben. Im Anschluß an ihn werden wir zunächst wieder zuerst das gesetzliche Merkmal der Zueignungsabsicht bestimmen und dann prüfen, inwieweit Bedürfnis und Möglichkeit zur Bildung eines entsprechenden Tatbestandsmerkmals vorliegen und wie diese Bildung zu geschehen hätte.

Zueignungs absicht bedeutet, wie vorweg bemerkt sei, nicht, daß die Zueignung den Beweggrund für die Wegnahme abgeben muß,[138] sondern, wie wiederholt im Strafgesetzbuch (z. B. in den §§ 225, 226),[139] nur so viel wie Vorsatz. Bei unserem Begriff handelt es sich jedoch nur um den Begriff der Zueignung,[140] eine Wendung, die auf Eigentum hinweist.[141]

---

[136] Gleich ob man der Belingschen oder der Mezgerschen Ansicht in der Frage folgt, ob der Tatbestand „typisiertes Unrecht" ist, muß Absicht als Tatbestandsmerkmal und Absicht als Schuldelement begrifflich doch getrennt werden; hier ist nur von dem Tatbestandselement „Absicht" die Rede; vgl. Mezger, Lehrb., S. 172, Anm. 8 a. E. Ebenso Hegler, ZStrW 36, 31—33: Es sei verfehlt, diese „überschiessende Innentendenz zur Schuld zu rechnen, es handle sich vielmehr um sozusagen ins Subjektive verflüchtigte Momente ... des schädlichen ... Verhaltens, eine Art Vordatierung der Empfindlichkeit des betreffenden Interesses." Gründlich und mit Verwendung des gesamten Schrifttums zu dieser Frage Mezger, GS 89, 239 ff, bes. 261 f.

[137] Paulus, „Der Gegensatz zwischen Zueignung und Bereicherungsabsicht", Münchener Diss. 1932.

[138] So zu Unrecht und ohne Begründung Frank VI zu § 59 StGB und besonders für die Zueignungsabsicht VII 2 c zu § 242 StGB und bei Binding, Lehrb. I, 285, der sich an RG 49, 142 angeschlossen hat. Darnach ist Absicht im Gesetz gleich Vorsatz; nur die Zueignung muß „unmittelbar gewollt sein" (RG a. a. O.). Frank scheint dies wenigstens, jedoch nicht ganz klar, für den Fall zuzugeben, daß die Absicht, wie hier, nicht als Schuldform, sondern als Tatbestandsmerkmal in unserem Sinn in Frage steht; vor VII zu § 59 StGB.

[139] Dies gibt übrigens auch Frank gerade für Fälle, wie den vorliedenden zu: „Zugegeben ist, daß „Absicht" hier und da im Gesetz einfach „Vorsatz" bedeutet.." VI zu § 59 StGB.

[140] Die Beobachtung Bindings, Lehrb. I. 264 ff., daß die Zueignung ein negatives Element (Enteignung) und ein positives Element (Aneignen) enthält, wollen wir nicht weiter verfolgen, da das eine Element nur das Spiegelbild des anderen ist; unsere Ausführungen über Aneignung gelten also in diesem Sinn auch für die Enteignung; auch hier kann die wirtschaftliche Beziehung nur in einer entsprechenden Anwendung berücksichtigt werden, wenn nicht die Sachsubstanz selbst enteignet und angeeignet wird.

[141] Ethymologische Nachweise finden sich bei Feldscher, S. 18.

Paulus versteht darunter „die Verschaffung der befestigten, eigentumsgleichen Herrschaft".[142]

Paulus hat auch den Mut, diese Definition als „formal genug"[142] zu bezeichnen; sie findet, was Paulus noch deutlicher hätte herausstellen können, ihre Hauptstütze im Wortlaut des Gesetzes selbst. Zueignung besagt eigentlich weiter nichts, als daß der Dieb alles tun will, um zu der Sache wie ein Eigentümer, nicht etwa nur wie ein wirtschaftlich darüber Herrschfähiger, was freilich auch zusammenfallen kann, in Beziehung zu stehen. Der Dieb maßt sich eine Herrschaft über die Sache an und schafft ein tatsächliches Verhältnis, das Eigentum an der Sache entstehen ließe, wenn ihm rechtliche Sanktion zuerkannt werden könnte.[143]

Diese tatsächliche Herrschaft des Eigentümers ist von der des Besitzes zu unterscheiden; eine Begriffsbestimmung des Eigentums findet sich jedoch in keinem Gesetz, auch nicht im BGB. Dies scheint uns ein Beweis dafür zu sein, daß der Gesetzgeber bei wichtigen wirtschaftlichen Begriffen des Vermögensrechtes eingesehen hat, wie wenig Rechtsfiguren des Lebens sich auf gesetzgeberischem Wege in Formeln pressen lassen. Es wäre in der Tat „ein vergebliches Unterfangen, alle Brechungen dieses sozialen Grundbegriffs von unabsehbarer Tragweite",[144] diesen Kernbegriff unserer Wirtschaft in eine matte Gesetzesbestimmung zu zwängen; es handle sich, so sagt Mitteis zutreffend, um einen

---

142 Paulus, S. 15. In dem Punkt hat Paulus jedoch Unrecht, daß er seine Ansicht als die „in Praxis und Lehre herrschende" bezeichnet, S. 15; RG 29, 417 (1897) spricht zwar für ihn: „. . eine Verfügung, . . welche ihrer Art nach als zur ausschließlichen Zuständigkeit des Eigentümers . . gehörig angesehen werden muß . .". Besonders Frank herrschte mit seiner von Paulus zutreffend abgelehnten, wirtschaftlichen Sachwerttheorie („Die Gewinnung der Sache ihrem wirtschaftlichen Werte nach in der Absicht, andere davon auszuschliessen", VII 2a zu § 242 StGB); das RG hat sich jedoch dieser Ansicht in späteren Entscheidungen weitgehend angeschlossen: RG 40, 12 („Nicht an rechtliche, sondern an wirtschaftliche Gesichtspunkte ist in der Hauptsache zu denken"); noch später stellt das RG unter Verzicht auf eine klare Lösung eine Art Mischtheorie auf: RG 61, 233: „. . die Sache selbst oder doch der in ihr verkörperte Sachwert."

143 So Ebermayer II B 1 c vor § 242 StGB mit Nachweisen. Zutreffend spricht Binding, Lehrb. I, 168 von einem „Herrschaftsverhältnis zum Zweck einer der Eigentumsausübung analogen Behandlung von Sachen"; W. v. Hippel, S. 29, sagt, auf Binding fussend: „Herstellung tatsächlichen Eigentums wider Willen des Rechts." Ähnliche Wendungen weist W. v. Hippel bei anderen Schriftstellern nach. — Insofern ist die Begriffsbestimmung, die Pradzynski als Ergebnis seiner Arbeit, S. 52 aufstellt, unrichtig: Die strafrechtliche Aneignung sei „eine das fremde Eigentum vernichtende Gewahrsamsausübung."

144 So Mitteis, der in seinem Lehrb., S. 128—132 der Frage des Begriffs des Eigentums ein eigenes Kapitel widmet.

„sozialen Grundbegriff“,[145] um den „Ausdruck eines Lebensgefühls, das die zivilisierten Nationen seit der französischen Revolution in steigendem Maße beherrscht hat“. Die Bedeutung des Eigentums werde „niemals aus einem Gesetzeswerk selbst, sondern immer nur von einem höheren Standpunkt, aus der Betrachtung der sozialen Strömungen, in die das Gesetz eingebettet ist, erschlossen werden können.“[146]

§ 242 StGB spricht von der Sache, die der Dieb sich zueignen will. Etwas davon Verschiedenes ist der wirtschaftliche Wert der Sache. In diesem Punkte zeigt sich sehr deutlich die Wichtigkeit der Spenglerschen Darlegung. Der wirtschaftliche Wert einer Sache gründet sich regelmäßig auf die Funktion der Sache für den Menschen. Ursprünglich mag diese Funktion der Sache für den Menschen nur möglich gewesen sein, wenn die Sache, etwa das Geld, in unmittelbarer körperlicher Nähe des Menschen sich befand; mit der Abstrahierung und Verfeinerung der wirtschaftlichen und kulturellen Begriffe genügte eine immer losere Verbindung der Sache mit dem Menschen, um diese Funktion des Geldes, das nunmehr auf der Sparkasse lag, aufrecht zu erhalten. Die Sache selbst und ihr wirtschaftlicher Wert haben sich sozusagen getrennt und an verschiedenen Orten niedergelassen.

Da die Diebstahlvorschriften Eigentümerschutzvorschriften und keine Bereicherungsstrafvorschriften sind, kommt es darauf nicht an, ob die gestohlene Sache einen wirtschaftlichen Wert hat. Auch das Eigentum an einem jederzeit wieder kostenlos zu besorgenden alten Zeitungsblatt oder an einem Fetzen Tuch ist geschützt. Daraus folgt, daß es umgekehrt noch keine Zueignung sein muß, wenn der Täter die Sache wirtschaftlich für sich ausnützt[147] und dadurch im Werte mindert, aber gar nicht Eigentum daran erwerben will; wenn er z. B. das Sparkassenbuch seines Untermieters nur um einen Teilbetrag der Sparsumme unberechtigt abzuheben, entwendet und nach der Abhebung wieder in die Schublade seines Untermieters legt. Die stark vertretene gegenteilige Ansicht, der später auch das Reichsgericht gefolgt ist, hält Zueignung und Bereicherungsabsicht, was Paulus mit Recht rügt,[148] nicht scharf genug auseinander.

[145] Wir halten es daher für unzutreffend, wenn Pradzynski, S. 30 sagt: „Die Aneignung zerfällt in ein rechtliches und in ein ökonomisches Moment“: Richtig wäre zu sagen, die Aneignung ist ein rechtlich erhebliches, wirtschaftliches Moment.“ [146] Mitteis, S. 128

[147] Diese Folgerung will Feldscher mit seiner aus Substanz- und Werttheorie gemischten, die Kernfrage nicht entscheidenden Einheitstheorie, S. 36 ff (die von Schaffstein, GS 103, 292-316, bes. 302 f stammt) verhindern; er nimmt daher in seine Definition (S. 45) die Wendung „Sache oder ... Wert“ auf und sieht in der Sache einen „formalen Definitionsbestandteil“; „für den Fall, daß eine wertlose Sache vorliegt“ soll er „seine eindeutige, die Werttheorie berichtigende Funktion behalten“. (S. 46).

[148] Paulus, S. 12: Bar, Dickel u. Doerr, „die (in ihren dort angeführten Schriften) Zueignung und Bereicherung auf Grund allgemeiner un-

Im folgenden soll die Entwicklung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu dieser Frage und ihr Echo im Schrifttum kurz dargestellt werden:[149] RG 24, 23 (1893) hat im folgenden Fall nach unserer Auffassung entschieden: Die Angeklagte hatte eine Anzahl Biermarken ohne Wissen des Wirtes vom Schanktisch weggenommen und sich am Biertisch Bier darauf geben lassen; bei der Abrechnung verschwieg sie diese Einnahme und behielt das für das Bier eingezogene Geld für sich. Die Angeklagte hat sich der Marken nur vorübergehend zur Ausführung des beabsichtigten Manövers bedienen wollen und bedient. Das Reichsgericht hat hierin mit Recht keine Zueignungsabsicht gesehen: „Denn sie (die Angeklagte) trug bei der Wegnahme nicht die Absicht, über die ein bloßes Zahlmittel bildenden Marken nunmehr unter Eingriff in das dem Wirte an ihnen zustehende Eigentumsrecht eine zur ausschließlichen Zuständigkeit desselben als Eigentümers stehende Verfügung zu treffen, sondern sie beabsichtigte ohne Eingriff in sein Eigentum die Marken vor ihm zu verheimlichen, bis sie sich mittels ihrer am Schanktisch das Bier verschafft hatte . . ."

Hier ist mit beachtenswerter Klarheit die wirtschaftliche Ausnutzung einer Sache (die Einlösung der Biermarken) unterschieden von der Zueignung.

Der gleiche Fall wurde 14 Jahre später, RG 40, 11 (1907) im Sinn der abzulehnenden wirtschaftlichen Sachwerttheorie anders entschieden. Der angeklagte Kellner hatte heimlich Biermarken weggenommen, um damit das Bier zu bezahlen. In dieser Entscheidung findet sich der sonderbare Satz: „Unter Zueignungsabsicht ist keinesfalls (?) die Absicht zu verstehen. Eigentum zu erwerben." Es brauche bei der Zueignungsabsicht nicht auf einen Rechtserwerb abgesehen zu sein, es genüge die Erzielung eines wirtschaftlichen Erfolges (S. 12). Zueignen heiße die Sache ihrem Sach(substanz)werte nach dem eigenen Vermögen zuführen. Man wird vergeblich fragen, wie dann wertlose Sachen zugeeignet werden sollen; nicht ohne Widersprüche zu entdecken, wird man

---

bewiesener Prämisse identifizieren." Andre freilich haben unter Führung Schaffsteins (GS 103, 292—316) gerade diese methodische Unklarheit zu einer neuen Theorie, der sogenannten Einheitstheorie (Feldscher, S. 36 handelt in einem eigenen Kapitel davon) ausgebaut und eine aus beiden Theorien gemischte Bestimmung des Zueignungsbegriffs konstruiert: „Zueignung ist . . . die Ausübung der Eigentümerbefugnisse über eine Sache oder die Ausnützung ihres Wertes . .". (Schaffstein, GS 103, 310). Gegen diese Konstruktion spricht das gesetzliche Erfordernis „dieselbe sich zuzueignen". Wie will diese Einheitstheorie entscheiden, wenn der Angeklagte die Sache sich, ihren Wert aber einem Dritten zuführt oder umgekehrt? Ist sie dann beiden zugeeignet?

[149] Das diese Entwicklung zu Widersprüchen und zu „innerer methodischer Unsicherheit" führen mußte und nur aus der Not des Analogieverbots erwachsen war, belegt Mezger, JW 1934, 1658 mit Beispielen.

die Entscheidungen des Reichsgerichts lesen, die die Zueignung auch wertloser Sachen bestrafen.[150]

In der Folgezeit hat das Reichsgericht die Schwenkung von der sogenannten Sachsubstanztheorie zur sogenannten Sachwerttheorie noch sichtbarer vorgenommen.[151] Unsere Überlegung, die für alle diese Fälle gleichermaßen anzustellen ist, sei nunmehr am berühmtesten Beispiel dieser Art dargelegt: nämlich an dem rechtlich ebenso wie der erwähnte Biermarkenfall gelagerten Fall der Entnahme von Teilbeträgen auf ein entwendetes fremdes Sparkassenbuch.[152] Das Sparkassenbuch ist eine bloße Legitimationsurkunde wie die Biermarke, kein Inhaberpapier, bei dem das Recht aus dem Papier dem Recht am Papier folgen würde. Die Werttheorie sagt in solchen Fällen: „Der Diebstahl ist eine Verletzung der Beziehung zwischen einem Menschen und einer Sache in der Richtung, daß an Stelle der einen Beziehung eine andere

---

[150] RG 51, 98: „Die Frage, ob eine körperliche Sache ... einen geeigneten Gegenstand des Diebstahls bilden kann, ist nicht davon abhängig, daß sie einen Wert hat". — Ebenso Frank I zu § 242 StGB wo auch die wenigen gegenteiligen Ansichten aufgezählt sind und die Richtigkeit unserer Auffassung zutreffend damit begründet wird, daß das Gesetz, anders als beim Betrug (§ 263 StGB), zum Diebstahl keine Bereicherungsabsicht fordert. Vgl. hiezu bes. Paulus namentlich S. 39—41, wo den Vertretern der sogenannten Vermögenstheorie ebenfalls entgegengetreten wird.

[151] Z. B. noch ganz in der alten Schule steht RG 2, 26 f: „Der Umstand daß der Täter eine fremde Sache als eigene verpfändet, mithin unzweifelhaft einen Akt der Ausübung des Eigentums unberechtigt vorgenommen hat, ist nicht immer entscheidend, weil die Absicht des Täters, sich zum Eigentümer zu machen, mithin den Willen der Veräusserung voraussetzt." Ebenso noch RG 21, 111, wo gefordert wird, „ein Wegnehmen der Sache in der Absicht, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen, also ein .. Erlangen .. der Verfügungsgewalt über die Sache .. als Betätigung des Vorsatzes .. darüber für sich verfügen." Derselbe Senat sagt RG 47, 149, nachdem er sich in die neue Schule der Sachwerttheorie begeben hatte: „... durch kaufweise Überlassung, sich ihren wirtschaftlichen Wert zunutze zu machen", genüge zur Zueignung. „Der Wille, die Schwellen körperlich seinem Vermögen einzuverleiben, war nicht erforderlich." Insoweit der erwähnte Senat in Bd. 21, 110 „eine abweichende Rechtsanschauung vertreten hat, wird an ihr nicht festgehalten." — Die neue Werttheorie vertritt u. a. RG 49, 406: Es genüge, „daß der Täter .. die fremde Sache unter Ausschließung des Berechtigten dem Sachsubstanzwerte nach seinem Vermögen zuzuführen beabsichtigt .. Der Substanzwert einer Sache bestimmt sich nach den in tatsächlicher oder rechtlicher Beziehung gegebenen Möglichkeiten ihrer wirtschaftlichen Benützung." Ebenso RG 51, 97; 57, 199 f.

[152] Auf diese Ähnlichkeit macht Grafe, S. 40 mit Recht aufmerksam. Er weist an Hand dieser beiden Entscheidungen auch die Widersprüche in der Begründung nach: Einmal kein „Eingriff in das Eigentum", obwohl die Kellnerin den wirtschaftlichen Wert der Biermarken an sich brachte; das andre Mal genügt zur Zueignung die „Erzielung eines wirtschaftlichen Erfolges." — Binding, Hdb. I, 220 führt gerade diesen Sparkassenfall (bei dem er mit Recht „schlechterdings keine Aneignung einer fremden beweglichen Sache" sehen kann) als Beispiel dafür an, wie der Richter, gezwungen durch § 2 StGB a. F. „sich durch sog. ausdehnende Auslegung" helfen müsse, die „in Wahrheit Analogie ist".

gesetzt wird." [153] „Der Richter hat . . zu prüfen, ob nach Rückgabe der Substanz die Wertbeziehung noch denselben Inhalt haben kann." [154] Der Schutz der Wertbeziehung, also der Grundgedanke des § 242 StGB, wird so bereits in unmittelbarer „Anwendung" des Wortlauts Urteilsgrundlage. Auch das Reichsgericht hat, und zwar in ständiger Rechtsprechung, hier die Sachwerttheorie vertreten.[155] Der grundlegende Irrtum bei diesen Entscheidungen — daß diese Entscheidungen auch Widersprüche enthalten, sei nur nebenbei erwähnt —[156] liegt darin, daß das Reichsgericht wegen Diebstahl des Sparkassenbuches bestraft („. . eines Diebstahles, wenn auch nicht der Sparkasseneinlage, so doch der Substanz des Sparkassenbuches,[157] schuldig . .", RG 10, 370), obwohl der Angeklagte nur die „einzig und allein durch den Besitz der Urkunde gewährleistete Befugnis, über die . . bezeugten Geldbeträge . . verfügen zu können",[158] (RG 26, 153) ausgenützt hat. Vom wirtschaftlichen Standpunkte aus[159] „identifizieren sich Buch und Einlage" (RG 22, 3). „Die Absicht, mittels seiner (des Buches) Beweiskraft einen Teil (!) seiner Einlage zu erheben, war nicht etwa eine lediglich auf den Gebrauch gerichtete Absicht (warum nicht?), wie ihn auch der Nichteigentümer z. B. der Leiher . . einer Sache, machen kann, sondern sie war darauf gerichtet, über

---

[153] So stellt Dietrich, S. 42, zutreffend die Werttheorie zu diesem Punkt dar.

[154] Dietrich, S. 44.

[155] Zuletzt RG 43, 20: „Im Einklange mit der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (folgen Nachweise älterer Entscheidungen) konnte der erste Richter in der für die eigenen Zwecke der Angeklagten erfolgten und deshalb unbefugten Abhebung von Geldbeträgen aus dem Sparkassenguthaben des S. eine Aneignung der Sparkassenbücher(!) erblicken, die darin bestand, daß die Angeklagten über die ihnen fremden Bücher eine Verfügung trafen, welche als eine solche als zur ausschließlichen Zuständigkeit des Eigentümers gehörig betrachtet werden muß . ." S. die zahlreichen Nachweise bei Ebermayer B 1 c vor 242 StGB (vor allem die sorgfältige Untersuchung von Grafe. Unsere Ansicht zu diesem Punkte lehnt sich vielfach an Grafe an).

[156] RG 10, 37 spricht davon, daß, wer einen Teil der Einlage abhebt, sich das ganze Sparkassenbuch zuzueignen beabsichtigte. — Den Widerspruch zwischen RG 10, 369 und 12, 2 hat Feisenberger auf S. 22 augenfällig nebeneinander gedruckt. S. auch den in Anm. 161 a. E. genannten Widerspruch zweier RG Entscheidungen.

[157] Grafe bezeichnet diesen verschwommenen Ausdruck als „mystisch", S. 24 u. 29. Ähnlich Feisenberger, S. 16.

[158] Daß die Wendung „Befugnis . . verfügen zu können" auch sprachlich mißglückt ist (Tautologie), scheint für diese unklare Stelle bezeichnend.

[159] Auch Sauer, S. 84 will die Abhebung von Teilbeträgen auf ein fremdes Sparkassenbuch unter dem wirtschaftlichen Gesichtspunkt „der Entwertung, die an Stelle des in der Literatur herrschenden Begriffs der Zueignung zu treten habe", als Diebstahl bestrafen.

das ganze[160](!) Sparkassenbuch wie ein Eigentümer zu disponieren .. RG 10, 371.[161]

Das ist verschleierte Analogie. Ebensogut hätte das Reichsgericht — was es bekanntlich nicht getan hat — den, der Strom aus einem fremden Akkumulator entwendet, des Diebstahls am Akkumulator schuldig sprechen und die petitio principii anfügen können, der Täter habe dadurch über den Akkumulator „wie ein Eigentümer" verfügen wollen.

Das Reichsgericht hat die Schwierigkeiten seiner Konstruktion auch nicht übersehen und zugegeben, daß „Bedenken .. gegen die Unterstellung einer auf ‚rechtswidrige Zueignung' gerichteten Absicht" .. „unverkennbar vorhanden" sind (RG 26, 152), hat diese Bedenken aber mit höchst allgemeinen Wendungen abgetan, die eine gewisse Verlegenheit des Reichsgerichts offenbaren:[162] Diese Bedenken „würden in erhöhtem Maße gegen jede andere strafrechtliche Qualifikation einer Entwendung der vorbezeichneten Art ins Gewicht fallen und schließlich dahin führen, Sparkassenbücher (die doch meistens gut verwahrt sind), wie herrenlose Sachen (!), dem Zugriff jedes beliebigen Dritten preiszugeben. Während die einfache Rechtsüberzeugung des Laien keinen Augenblick darüber im Zweifel sein wird .. sind es ausschließlich die sich an den vieldeutigen Begriff der ‚Zueignung' klammernden doktrinär-[163]juristischen Zweifel, welche hier Schwierigkeiten hervorrufen." Diese Wendungen, die man sonst nur in Tageszeitungen findet, entstammen der Unsicherheit des Reichsgerichts und wollen verdunkeln, daß man hier wieder einmal eine Lücke des ge-

---

[160] Wenn der Täter auf ein Sparkassenbuch 3 mal 100 RM. von insgesamt RM. 500 abholt, hat er sich, obwohl noch RM. 200 stehen, 3 mal das ganze Buch angeeignet! Feldscher sagt richtig: ‚Nicht die teilweise, sondern — höchstens, wie wir nach unserer Auffassung einfügen müssen — nur die gänzliche Entwertung und Wertzuführung entspricht — eine Wendung, die übrigens eine unbewußte Anwendung des § 2 StGB bedeutet, obwohl Feldscher unmittelbare Anwendung auf Grund seiner Einheitstheorie (S. 36 ff) für möglich hält; beachte übrigens auch die Wendung „Wertentziehung" als „korrespondierendes Merkmal der Enteignung", S. 40 — der Enteignung und Aneignung" (S. 25).

[161] (Grafe, S. 24 verlegt diesen Satz irrtümlich ins Urteil vom 7. 3. 1891 = RG 22, 2 f). Auf derselben Seite noch spricht das Reichsgericht von der „einzig und allein durch den Besitz der Urkunde gewährleisteten Befugnis .. über die Geldbeträge zu verfügen." RG 43, 20 nennt diese Abhebung eine „Verfügung .. welche .. als zur ausschließlichen Zuständigkeit des Eigentümers gehörig betrachtet werden muß."

[162] Auch durch das von uns erwähnte und in RG 39, 243 aufgeführte umfangreiche Schrifttum zu dieser Frage seien „keine neuen Argumente beigebracht worden." RG 39, 243 in der Anm.

[163] RG 26, 153. Ausgerechnet das RG, das „die einfache Rechtsüberzeugung des Laien" in den Freisprechungen über die Stromentwendung wiederholt und gründlich mit „doktrinär-juristischen Zweifeln" vor den Kopf gestoßen hat, spricht eine solche Sprache!

setzlichen Diebstahlstbestandes mit unzulässigen Mitteln, nämlich mit einer verschleierten Analogie zu schließen sich bemüht hat. Dem Wortlaut des Gesetzes entspricht nur die Substanztheorie.[164]

Der Kern des Problems ist, wie sich aus diesen reichsgerichtlichen Erkenntnissen ergibt, darin zu sehen, daß der Wortlaut des Diebstahltatbestandes aus einer Zeit stammt, in der die verfeinerten und komplizierten Rechtsfiguren, z. B. die Wertpapiertheorien, noch nicht auf den Plan getreten waren.[165] Da das Strafrecht erst im Laufe des 19. Jahrhunderts das Erfordernis der gesetzlichen Tatbestandsmäßigkeit einer strafwürdigen Handlung mit Nachdruck forderte, war bis dahin ein eigener Tatbestand für die mißbräuchliche, den Berechtigten schädigende Benutzung (z. B. eines Wertpapieres) entbehrlich. Die Betonung des Erfordernisses der Tatbestandsmäßigkeit (besonders das Verbot ohne oder ohne erschöpfenden Tatbestand zu verurteilen) zeigt aber, daß es sich hier, genau wie bei der Stromentwendung, um neue Figuren unseres Kultur- und damit auch unseres Rechtslebens handelt, auf die die alten Schablonen nicht mehr passen..[166]

Die Wegnahme des Sparkassenbuches und die damit bewerkstelligte widerrechtliche Erhebung des Guthabens ist lediglich eine sogenannte Gebrauchsentwendung[167] (furtum usus[168]), die das Strafgesetzbuch nicht unter Strafe stellt.[169] Der Unterschied zwischen einem vorübergehenden Gebrauch der Sache und einer Zueignung

---

[164] So auch Mezger, JW 1934, 1658.

[165] Wir setzen hier als bekannt voraus und verzichten auf diesbezügliche Schrifttumsnachweise, daß das Institut der Wertpapiere im deutschen Recht des Mittelalters sozusagen erst wieder neu erfunden wurde, obwohl es, besonders im alten griechischen Recht, schon einmal erfunden worden war. Unsere Behauptung, daß der Diebstahlstatbestand schon geformt war, bevor die Wertpapiere auf den Plan traten, stimmt also jedenfalls für das deutsche Recht.

[166] Auch im Schrifttum wird der Vergleich der Tatbestände mit anderen Äußerungsformen der Kultur vernachläßigt; wenigstens haben wir nur bei Elster (ZStW 53) eine Bemerkung gefunden, die sich mit den Spenglerschen Gedankengängen (ohne sich ausdrücklich darauf zu berufen) berührt: „Das Funktionelle des Eigentums . ." (S. 446), die „Funktion einer verkehrsfähigen Sache" (S. 454). Gegen den ganzen Aufsatz wäre jedoch einzuwenden, daß eine Analogie des schwindlerischen Verschaffens eines Geistesgutes zum Diebstahl deshalb verfehlt ist, weil dem „Eigentümer" (Autor) von seinem geistigen Genuß und seinem Ideenreichtum nichts weggenommen wird; das Schöne bei geistigen Äußerungen ist ja, daß der Sprechende und Schreibende nicht um das ärmer wird, worum die am Geistesgut Teilnehmenden geistig und seelisch bereichert werden.

[167] So auch richtig Feisenberger, S. 17. Er sagt zutreffend, von strafrechtlicher Erheblichkeit sei nur noch „das Abheben des Geldes."

[168] Man könnte hier sogar den Begriff Heglers (IX, 369) gebrauchen und von einer „Rechtsanmaßung" sprechen, da der Täter ja nur das durch den Besitz zunächst bewiesene Recht ausnützt. Dieses Delikt der „Vermögensanmassung" rechnet Hegler (gegen Binding) unrichtig nicht mehr zu den Vermögensdelikten.

[169] Ebenso Grafe, S. 35; die neuen Vertreter dieser Meinung nennt Ebermayer B 1 c vor § 242 StGB, der selbst der gleichen Ansicht ist.

(se ut dominum gerere) ist nicht genügend beachtet worden. Man kann im Gebrauch des Sparkassenbuches nicht ein „Wie-ein-Eigentümer-Verfügen" sehen.[170]

Grafe, S. 62—75 u. a. wollen aus dem Bedürfnis, einen solchen Schwindel zu bestrafen, zum Tatbestand des Betrugs ihre Zuflucht nehmen, jedoch zu Unrecht, denn zu einem Betruge fehlt, ohne daß es auf die Prüfung der anderen Tatbestandsmerkmale noch ankommt, sowohl die Vorspiegelung als auch die Entstellung oder Unterdrückung einer Tatsache.[171]

Da die Entwendung des Sparkassenbuches zum Zwecke einer widerrechtlichen Erhebung des Guthabens, wie dargelegt, keinen gesetzlichen Tatbestand erfüllt,[172] ist die Bildung eines der Zu-

---

[170] Brucke, GA 40, 111 verlangt etwas überspitzt, aber im Grunde richtig, daß bei der reichsgerichtlichen Betrachtungsweise „die Logik" erfordere, „daß die Bestrafung auch dann einträte, wenn jemand ein Buch wegnimmt, um eine Einzahlung für den Eigentümer zu machen". Der Fall ist übrigens gar nicht so weltfremd und kann auch in subjektiver Hinsicht die Strafvoraussetzungen erfüllen, wenn z. B. der Eigentümer des Buches sich eine Einzahlung — etwa als zugedachte Unterstützung — ausdrücklich verbeten hätte.

[171] Der Täter zeigt dem Schalterbeamten das Buch vor und sagt: Zahlen Sie mir ¾ des Guthabens aus. Welche Tatsache ist vorgespiegelt? Etwa die Befugnis zur Geldentnahme? Der Inhaber des Buches ist ja kraft der Beweiswirkung des Buches zur Geldentnahme legitimiert. Von etwas anderem, etwa der Frage nach dem Eigentum am Buche, braucht am Schalter nicht die Rede zu sein, da es darauf bei der Frage nach der Legitimation nicht ankommt. Auch aus Grafes Ausführung zu diesem Punkt S. 62—66 ist nicht zu entnehmen, welche Tatsache nun eigentlich vorgespiegelt sein soll; er gibt vielmehr, S. 63, selbst zu, daß in den Worten „Zahlen Sie mir 300 RM. aus" „an sich nicht direkt (sondern?) die Vorspiegelung einer falschen Tatsache" liege. Unrichtig ist der Satz Grafes, S. 63: „Durch sein Handeln und seine Worte spiegelt er vor, er sei entweder Eigentümer des Sparkassenbuchs .. jedenfalls zur Erhebung materiell (was heißt das?) legitimiert." — So wie wir und mit Hinweis auf die eine Betrugshandlung erübrigende Legitimationswirkung des Buches Schneider, ZStW 14, 49 mit Anmerkungen u. Nachweisen; ebenso, auf Schneiders Aufsatz fussend, Feisenberger, S. 19f. — Daß der Täter durch die Unterdrükkung seiner Absichten keine strafbare, betrügerische Tatsachenunterdrükkung begeht, wird allgemein zugegeben, (Grafe, S. 65 sagt ausdrücklich, daß davon nicht gesprochen werden könne), u. wurde auch vom RG anerkannt; der Richter „würde dahin gedrängt werden, es schließlich dem Angeklagten zum Betruge anzurechnen, daß er sich nicht freiwillig als Dieb oder sonstiger, unrechtsmäßiger Inhaber des Buches deklariert hat .. Wie unhaltbar auch im Übrigen die Betrugskonstruktion ist, würde bei näherer Prüfung sofort hervortreten .." (RG 26, 154). Diese Ansicht behielt das RG, wenn auch in gemildertem Tone, bei: Es sei „in der Rechtsprechung die Ansicht nicht unvertreten geblieben, es werde in Fällen der vorliegenden Art .. weder durch das Vorzeigen des Buches, noch durch das Schweigen des Täters .. ein Irrtum erregt oder unterhalten, und es sei überhaupt jede betrügerische Vorspiegelung .. bei dem Wesen des Sparkassenbuches als Legitimationspapiers überflüssig .." (RG 39, 242).

[172] Natürlich mangels einer Zueignungsabsicht auch nicht den einer Unterschlagung, wie das RG 29, 415 im Verfolg seiner falschen Konstruktion (29, 417) annimmt.

eignungsabsicht entsprechenden Tatbestandsmerkmals zu versuchen.

Hierbei erst ist es, ähnlich wie oben bei dem Tatbestandsmerkmal Sache, am Platz, den wirtschaftlichen Grundgedanken der Zueignungsabsicht herauszustellen:[173] Dem Täter ist es nicht um die Substanz des Sparkassenbuchs zu tun, — diese will er sich, schon weil sie nahezu wertlos ist, nicht aneignen, sondern sie nur gebrauchen —, sondern um den Wert des Buches.[174] In der Formulierung des Gesetzes kommt diese Unterscheidung deshalb nicht zum Ausdruck, weil früher die eigennützige Verwendung des wirtschaftlichen Wertes einer Sache nur möglich war, wenn sich der Täter die eigentümergleiche Herrschaft über die Sach s u b s t a n z verschafft hatte. Als sich Substanz und Wert, wie erwähnt, spalteten, fiel die Verschaffung des Wertes einer Sache nur mehr unter den Grundgedanken des § 242 StGB, nicht mehr unter dessen Wortlaut, da § 242 StGB ausdrücklich nur sagt: „D i e s e l b e sich rechtswidrig zuzueignen", nicht „den wirtschaftlichen W e r t derselben sich rechtswidrig zu verschaffen." Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die Fälle, die vom Reichsgericht mit der sogenannten Sachwerttheorie in unmittelbarer Anwendung des § 242 StGB erfaßt worden sind, künftig nur mehr mit einer entsprechenden Anwendung des § 242 StGB erfaßt werden können.

Im Zusammenhang mit dem Diebstahl pflegt man die Fälle der Gebrauchsentwendung zu behandeln. Soweit nicht eine ausdrückliche Gesetzesvorschrift die Gebrauchsentwendung straft,[175] ist eine Bestrafung auf Grund entsprechender Anwendung der Diebstahls- oder der Gebrauchsentwendungsvorschriften nicht möglich, da insofern eine gewollte[176] Lücke des Gesetzes vorliegt.[177] Jedoch erfordern die Fälle, die z w i s c h e n einer Substanzzu-

---

[173] Der Hinweis F e l d s c h e r s, S. 24, die dem Diebstahl (und jedem Eigentumsdelikt) zugrundeliegende „reine, sittliche Norm" decke sich mit der ratio legis und schütze j e d e s Eigentum, scheint uns nicht annehmbar; man könnte wohl die Kluft zwischen Sachsubstanz- und Sachwerttheorie damit überbrücken, aber auch jede andere Meinungsverschiedenheit könnte so abgetan werden. „Sittliche Norm" ist zu unbestimmt, da es Handlungen gibt, die nur sittliche, aber nicht rechtliche Erheblichkeit haben. Widersprochen werden muß jedenfalls der Formulierung: „Nur in der germanischen Auffassung findet sich die reine, sittliche Norm, du sollst nicht stehlen (die bekanntlich auch den Juden geoffenbart wurde), wieder, die sich mit der ratio legis, jedes Eigentum zu schützen, deckt."

[174] So wörtlich G r a f e, S. 30. G r a f e unterscheidet scharf die verschienenen Werte, die das Sparkassenbuch haben kann, S. 18 f.

[175] § 1 der NotVO v. 20. 10. 32: „Wer ein Kraftfahrzeug oder ein Fahrrad gegen den Willen des Berechtigten in Gebrauch nimmt, wird, sofern die Tat nicht nach anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist, mit Gefängnis bis zu 3 Jahren bestraft . .".

[176] Das ergibt sich besonders durch Gegenschluß aus § 290 StGB und durch Gegenschluß aus der NotVO vom 20. 10. 32.

[177] Etwa wenn jemand einen am Ufer festgebundenen Kahn loslöst und zur Überfahrt benützt.

eignungsabsicht und einer Gebrauchsentwendungsabsicht liegen, die Bildung eines der Zueignungsabsicht entsprechenden Tatbestandsmerkmals; das sind die Fälle, bei denen der Gebrauch der Sache mit einer wirtschaftlichen Schädigung der Sache für den Eigentümer verbunden ist,[178] also Fälle, wie die behandelte Sparkassenbuchentwendung. Die Lücke besteht in diesem Fall zwischen der strafbaren Zueignung und der straflosen Gebrauchsentwendung; der unsere Lösung tragende Grundgedanke mag darin zu sehen sein, daß der Gesetzgeber in der Regel die Gebrauchsdiebstähle bestraft, die den Eigentümer wirtschaftlich schädigen, sei es auch nur dadurch, daß er, wie bei den Motor- und Fahrrad-Gebrauchsentwendungen, seine Sache nicht mehr jederzeit zur Verfügung hat. Den Gebrauchsdiebstahl, der den Eigentümer wirtschaftlich beeinträchtigt, wollte der Gesetzgeber, das ist der Grundgedanke sowohl der NotVO gegen unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20. Oktober 1932 (RGBl I 496) als auch des § 290 StGB (Gebrauchsanmaßung), nicht ftraflos lassen.[179] Erst recht wollte der Gesetzgeber die Fälle z w i s c h e n Aneignung und Gebrauchsdiebstahl, also die Gebrauchentwendungen, die schon näher als andere Gebrauchsentwendungen bei der strafbaren Zueignung liegen, bestraft wissen. Das sind Fälle, an die er nicht gedacht hat (Biermarkenfall) oder an die er nicht hat denken können (Sparkassenbücher, die 1870 noch nahezu keine Bedeutung hatten) (C II 2 b α, β).

Der Grundgedanke des Eigentumschutzes ist also der, daß der Einzelne die tatsächliche, insbesondere die wirtschaftliche[180] Macht unter Ausschluß Dritter an der Sache haben soll. Eine Schädigung dieser Macht ist in der Regel nur möglich, indem ein Unbefugter die Sache aus der Umgebung des Eigentümers entfernt (wegnimmt) oder sie zerstört; unser verfeinertes Kultur- und Rechtsleben ermöglicht es aber, diese tatsächliche und besonders diese

---

[178] Mit Recht lehnt daher S t e r n a g e l - H a a s e, S. 106 die entsprechende Anwendung ab, wenn es sich handelt um Wasserkräfte, Wellen, Magnetismus, Lichtwirkungen, optische Erscheinungen usw; feinsinnig ist die Bemerkung, daß es auch hier, ähnlich wie bei der Stromentziehung, sich um ein „Analogon zu einem qualifizierten, rechtswidrigen Gebrauch einer Sache" handle, den man ausnahmsweise unter Strafe stellen wollte. — Die Grenze zwischen Diebstahl und furtum usus ist wohl, besonders wenn man wirtschaftliche Grundgedanken ausschlaggebend sein läßt, nicht mehr scharf zu ziehen.

[179] S a u e r, S. 54 f hebt diesen Gedanken klar hervor; denn weder „eine Wertaufhebung noch eine Wertminderung" stehe in Frage, wenn der Berechtigte keine Bedürfnisse während der Dauer der Entziehung der Sache empfinde. In diesen Fällen sei „im Prinzip die Straflosigkeit des furtum usus gerechtfertigt."

[180] Zweifel dagegen, daß „Zueignung" ein wirtschaftlicher Begriff (im weiteren Sinn einer tatsächlichen Verfügungsmacht) ist, sind nicht erhoben worden. Zu beachten ist jedoch, daß der Sprachgebrauch auch andre Arten von persönlichen Beziehungen zu einem Gegenstand mit Zueignung bezeichnet, z. B. die Widmung dieser Arbeit an die Mutter des Verfassers.

wirtschaftliche Macht auch ohne Wegnahme und Zerstörung der Sachsubstanz zu schwächen oder zu vernichten. Der Grundgedanke jeder einzelnen dieser Schutzvorschriften, nämlich der Schutz gegen Machtschwächung in bezug auf die Sache, ermöglicht — das ist das Ergebnis dieses Kapitels — die Bildung eines der Zueignungsabsicht entsprechenden Tatbestandsmerkmals.

b) Die Absicht, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen

Nicht jede Art von Zueignung im Sinn des Gesetzes genügt jedoch, um das (gesetzliche oder entsprechende) Tatbestandsmerkmal des § 242 StGB zu erfüllen. Der Täter muß die Sache sich[181] zueig-
Nicht jede Art von Zueignung im Sinn des Gesetzes genügt jedoch, um das (gesetzliche oder entsprechende) Tatbestandsmerkmal des § 242 StGB zu erfüllen. Der Täter muß die Sache sich[181] zueig-nen. Dieses Tatbestandsmerkmal hat das Reichsgericht in jüngster Zeit eng ausgelegt und zwar unter Abweichung von der älteren Rechtsprechung.[182] Der Begriff der Zueignung sei nicht erfüllt, wenn der Täter (z. B. ein Geschäftsführer einer G.m.b.H.) über die fremde Sache nicht in eigenem Namen und nicht zu eigenem Nutzen, sondern namens und in Vertretung eines Dritten und zu dessen Nutzen verfüge, weil er alsdann nicht in der Absicht handle, die Sache sich zuzueignen, sie als eigene, ihm gehörende zu verwerten und für sich wirtschaftlich auszunützen.[183] Jedoch hat es dieses grundsätzliche Bekenntnis zum Wortlaut des Gesetzes in den Fällen praktisch bedeutungslos gemacht, in denen wenigstens, wenn auch nur auf konstruktiven Umwegen, eine Art wirtschaftlicher Wert für die Sache dem Täter zugeflossen ist.

Die schon oben bei dem Tatbestandsmerkmal der Sache und bei dem der Zueignungsabsicht gewürdigte Neigung zur Vergewaltigung des Gesetzeswortlauts mit Hilfe des wirtschaftlichen Zwecks eines Paragraphen hat das Reichsgericht auch in diesem Fall zu

---

[181] Schriftsteller, die an diesem „sich" streng festhalten, nennt Mezger JW 1934, 1657; Mezger betont dort, S. 1658, mit Recht, wie auch hier an Stelle der (früheren) engeren Fassung der Begriffe eine „weitere Auslegung" getreten ist, zu der „unabweisbare praktische Bedürfnisse" (allerdings, wie Mezger meint, im Rahmen des geltenden Rechts) gedrängt hatten.

[182] Diese ältere Rechtssprechung ist unter Hinweis auf die gleichlautenden älteren Entscheidungen zusammengefaßt in RG 34, 376: „Zur Erfüllung dieses Tatbestandes gehört nur die rechtswidrige Zueignung einer im Gewahrsam des Täters befindlichen fremden beweglichen Sache mit dem Bewußtsein, daß sie eine fremde und die Zueignung eine rechtswidrige sei.. nicht, daß der Täter unmittelbar für sich selbst einen Vermögensvorteil erlange oder auch nur erlangen wollte."

[183] RG 67, 266 f unter Abweichung von den in anm. 182 genannten älteren Entscheidungen.

Inkonsequenzen verleitet; es hat angenommen, der Täter eigne die Sache sich schon zu, wenn er irgendwie an dem Rechtssubjekt (§ 13 I G.m.b.H.-Ges.) interessiert ist: kraft seiner (des Täters) Stellung als Geschäftsführer sei der Täter „tatsächlich" (ist die Zueignung eine tatsächliche Frage?) der „allein Verfügungsberechtigte" und auch „Alleininteressierte" an dem Unternehmen gewesen, da die anderen wirtschaftlich vollkommen zurückgetreten seien; er habe „scheinbar (warum nur scheinbar? Die Rechtswirkungen treten doch unbestrittenermaßen wirklich für das Rechtssubjekt G.m.b.H. ein!) für die Gesellschaft gehandelt, . . doch tatsächlich die Verfügungen ausschließlich (die anderen, wenn auch „zurücktretenden" Gesellschafter haben doch auch einen Anteil daran!) zu eigenem Nutzen getroffen." „So verstanden" begegne die „Annahme, daß der Angeklagte die betreffenden Gegenstände . . ‚sich' rechtswidrig zugeeignet hat, keinen durchgreifenden Bedenken."[184]

Von den zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichtes, die mit der Krücke einer Wirtschaftstheorie dem für solche Fälle zu dürftigen Tatbestand wieder auf die Beine helfen wollen,[185] sei nur noch eine aus neuerer Zeit angeführt, die wegen ihrer gekünstelten Art, mit der sie diesen wirtschaftlichen Vorteil für den „Täter" zu begründen sucht, herausgehoben zu werden verdient:[186] Ein Postbeamter hatte mit dem Geld, das er in amtlichem Gewahrsam hatte,[187] „Bekannten ausgeholfen", insbesondere eingegangene Nachnahmepakete für sie „ausgelöst" . . das Geld aber „nicht für sich verbraucht". Das Wesen der Zueignung besteht nun, so führt das Reichsgericht mit seiner Sachwerttheorie aus, „darin, daß der Täter die Sache selbst oder doch den in ihr verkörperten Sachwert dem eigenen Vermögen einverleibt." Das könne auch durch Zueignung der Sache an einen Dritten geschehen. Diese sei hier — man höre! — darin zu sehen, daß „er mit diesen Geldern als eigenen (wieso?) seinen Bekannten ‚aushalf', sie dritten Personen

---

184 RG 67, 267. Schon daraus, daß das RG die Feststellung des Erstgerichts erst richtig verstehen muß („so verstanden"), und daß die Bedenken, welche offenbar vorhanden sind, lediglich keine „durchgreifenden Bedenken" sind, scheint uns zu folgen, daß das RG, koste es, was es wolle, wieder einmal eine „ungerechte Freisprechung" verhindern wollte, ohne jedoch von der Schlüssigkeit seiner Argumente hinlänglich überzeugt zu sein.

185 S. hier noch einmal RG 47, 149: „Der Wille, die Schwellen körperlich seinem Vermögen einzuverleiben, war nicht erforderlich." — S. im Übrigen die Nachweise bei Kohlrausch 9 zu § 242 StGB.

186 RG 67, 334 ff.

187 Daß der Fall, wie verschiedene andere, eine Unterschlagung und nicht einen Diebstahl behandelt, ändert nichts an unseren Ausführungen, da in beiden Fällen das Tatbestandsmerkmal der Absicht, die Sache sich zuzueignen, das gleiche ist; auch die Erläuterungsbücher pflegen wie wir die Entscheidungen bei § 242 StGB anzuführen. Z. B. Kohlrausch 9 zu § 242 StGB. RG 47, 149 sagt ausdrücklich: „Der Begriff der Zueignung ist beim Diebstahl kein anderer als bei der Unterschlagung."

‚leihweise' zuwendete; dadurch habe er „gegen die Empfänger einen Anspruch auf Rückzahlung" erworben, was eine Vermehrung seines Vermögens bedeutete. Auf diese Weise hat das Reichsgericht aus einem Zueignungsdelikt ein Bereicherungsdelikt gemacht, denn nicht mehr auf ein tatsächliches Verhältnis kommt es nach dieser Entscheidung an, dem nur noch die rechtliche Sanktion zum vollen Eigentum abgeht, sondern auf eine wirtschaftliche Einverleibung des „Sach w e r t e s" (nicht der Sache!) in das eigene Vermögen.

Es muß zugegeben werden, daß das Reichsgericht mit seiner ursprünglichen, gegenständlichen Auffassung der Worte und Begriffe durch die Entwicklung der Wirtschaft in eine Zwangslage gekommen ist, denn in der sogenannten Gründerzeit und noch in den folgenden Jahrzehnten wurde in steigendem Maße jeder Idee, jedem Menschen und jeder Sache eine betont wirtscahtfilche Bedeutung beigemessen, die andere Werte, sei es auch nur den Wert einer seelischen Verbundenheit mit einem Ding, unterdrückte; es ging unter dem Einfluß der Wirtschaft allen Dingen so, wie den Briefmarken mit dem Aufkommen der Philatelie; erst diese läßt an Stelle der ursprünglichen Bedeutung des Dinges für den Menschen phantastische wirtschaftliche Werte treten. Das Nächstliegende wäre nun, daß der Richter, der diese Entwicklung in seinem Beruf schrittweise verfolgen kann, auch in seiner Rechtsprechung ohne weiteres damit Schritt halten könnte, zumal jeder Einzelne diese Entwicklung billigt und sich ihrer bedient. Statt dessen muß der Richter warten, bis auf irgendwelchen Wegen die Einsicht, die ihm geworden ist, auch zum Gesetzgeber durchfindet. Wir müssen uns nun einmal damit abfinden, daß der Richter hier gefesselt ist, und machen allein den Gesetzgeber für diese falschen, umständlich konstruierten und dem Volk unverständlichen Verurteilungen verantwortlich. Unser Richter d a r f nicht, — so wünschenswert es wäre —, der Entwicklung der Dinge und ihrer Werte folgen, er d a r f nicht mit neuen wirtschaftlichen Konstruktionen dem Gesetz einen anderen Sinn unterschieben. Die Entwicklung der Wirtschaft hat für die Rechtsprechung grundsätzlich keine andere Bedeutung als die Entwicklung der Physik; beide ändern den Wert der Dinge für den Menschen. Es ist aber inkonsequent, der Entwicklung der Physik bei der Frage der Stromenwendung keine das Gesetz dem Inhalt nach ergänzende Bedeutung zuzumessen, sondern dem Gesetzgeber ein höfliches „bitte nach ihnen" zu sagen, bei Fragen aber, die unter dem Aufblühen der Wirtschaft einen neuen Akzent bekommen, eigenmächtig und ohne auf den Gesetzgeber zu warten, die alten Worte mit neuen Begriffen zu füllen.

Es gilt für das Tatbestandsmerkmal „s i c h zuzueignen" dasselbe, wie für das Zueignungsmerkmal ganz allgemein: Wer s i c h den wirtschaftlichen Wert einer Sache zuführt, die Sache selbst

aber einem anderen zueignet, ist nur unter Zuhilfenahme eines entsprechenden Tatbestandsmerkmals strafbar.

Sorgfältig davon zu unterscheiden ist jedoch der Fall, in dem der „Täter" sich nicht einmal den wirtschaftlichen Wert der Sache, sondern auch diesen noch einem anderen Rechtssubjekt zukommen läßt. Das wird in der Regel nicht der Fall sein, wenn der Täter auch nur irgendwie wirtschaftlich an dem Rechtssubjekt, etwa einer G.m.b.H. beteiligt ist, dem Sache und Wert zufließen. Hier kann noch davon geredet werden, wie das Reichsgericht in RG 67, 267 a. E. andeutet, daß der Täter den Sach w e r t sich zufließen läßt; wir meinen vielmehr jene Fälle, in denen der Täter aus selbstlosem Beweggrund eine Sache entwendet, um sie u n d ihren wirtschaftlichen Wert einem anderen zuzuwenden, der davon vielleicht gar nichts weiß.[188]

In diesen Fällen ist die Bildung eines entsprechenden Tatbestandsmerkmals abzulehnen. Es mag zutreffen, daß die seelische Entspannung und Befriedigung, die der Täter erlebt, wenn er Sache und Wert einem Unternehmen, mit dem er sich innerlich verbunden fühlt, oder einer befreundeten Person[190] zuführt, mit der in ein entsprechendes Verhältnis zu bringen ist, die der Täter erlebt, wenn er die Sache sich oder ihr entsprechend den Wert der Sache sich zueignet; es kann aber nicht angenommen werden, der Gesetzgeber habe hier eine unbeabsichtigte Lücke im Strafgesetz gelassen, denn es ist ausgeschlossen, daß er sich bei der Formulierung dieses Tatbestandes nicht vorgestellt hat, daß damit die Zueignung an Dritte kein Diebstahl mehr sein soll. Dies verkennt die Entscheidung JW 1937, 2697:[190] „§ 242 StGB verlangt . . nach seinem klaren Wortlaut, die Zueignung an sich"; aber „das gesunde Volksempfinden verlangt auch dafür Bestrafung". Über den Grundgedanken des § 242 StGB führt diese Entscheidung überhaupt nichts aus.

Wir entscheiden diese hier übersehene Frage also in Durchführung des dargestellten Gedankens (über die Zueignung und die ihr entsprechenden Fälle) folgendermaßen: Wenn der Angeklagte weder die Sache noch ihren wirtschaftlichen Wert sich selbst zuwendet, sondern beides einem Dritten, ist auch für eine entsprechende Anwendung kein Raum. Die genannte Entscheidung hat übersehen, daß der Gegenschluß aus dem Wort „sich" gerade mit Rücksicht auf § 263 StGB („sich oder einem Dritten") zwingend

---

[188] Vgl. den in Anm. 190 genannten Fall!

[189] Man denke an den Jüngling, der seinem Mädchen Rosen „stiehlt", nicht um Geld zu sparen (dann könnte man ihm diese Ersparnis als Vermögensvorteil anrechnen), sondern nur um mit den „gestohlenen" Rosen wegen der damit verbundenen Gefahr einen nachhaltigeren Eindruck zu machen, als mit gekauften. Wir übersehen jedoch nicht, daß eine Schwierigkeit darin liegt, daß man u. U. das Schenken der Rosen schon als Zueignungshandlung des Schenkers ansehen wird.

[190] Landgericht Meiningen, Urteil vom 11. 8. 37.

ist. Hierzu kommt noch der weitere Gegenschluß aus § 34 I des Gesetzes über die Verwahrung und Anschaffung von Wertpapieren (RGBl 1937 I, 171): „Ein Kaufmann, der . . eigenen oder fremden Vorteils wegen . . über ein Wertpapier . . rechtswidrig verfügt . . wird mit Gefängnis . . bestraft."

Nur wenn der Täter sich den wirtschaftlichen Vorteil, die Sache selbst aber einem anderen zuwenden oder dem Eigentümer belassen (Sparkassenbuch) will, hat er die einer Zueignung wirtschaftlich entsprechende Absicht und ist daher in entsprechender Anwendung des § 242 StGB zu bestrafen.

Das Tatbestandsmerkmal „sich" kann also nicht entsprechend angewandt werden.

c) Die Absicht, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen

§ 242 StGB fordert für eine Bestrafung die Absicht, sich die entwendete Sache rechtswidrig zuzueignen. Die Aufnahme des Wortes „rechtswidrig" in den Tatbestand hat gelegentlich zu der Annahme verleitet, die Rechtswidrigkeit sei ein Tatbestandsmerkmal. Mezger[191] hat indes mit Recht darauf hingewiesen, daß die ausdrückliche Nennung des Begriffs „rechtswidrig" im Gesetzeswortlaut nur den Sinn hat, daß der Richter in diesen Fällen besonders eingehend prüfen möge, ob etwa ein Unrechtsausschließungsgrund vorliegt.

Der Vollständigkeit halber wollen wir, damit die Vertreter der gegnerischen Ansicht ein dem „Tatbestandsmerkmal" der Rechtswidrigkeit gewidmetes Kapitel nicht vermissen, kurz davon sprechen, zumal auch das Reichsgericht, besonders in älteren Entscheidungen, von der „Rechtswidrigkeit der Zueignung als Tatbestandsmerkmal"[192] spricht.

Die Frage, ob die beabsichtigte Zueignung rechtswidrig ist, bestimmt sich unbestritten nach den Vorschriften der Eigentumsordnung, also vor allem nach den privatrechtlichen Bestimmungen des BGB.[193] Ein Widerspruch mit der Rechtsordnung im allgemeinen genügt, wie Frank[194] in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht[195] hervorhebt, nicht. Dennoch ist aber die Bildung

---

[191] S. Mezger, Lehrb. S. 180 mit Schrifttumsnachweisen in Anm. 16 bis 17; vgl. auch zu dieser Frage die klärende, sehr eingehende Abhandlung bes. Mezgers „Die subjektiven Unrechtselemente", GS 89, 207—314.

[192] RG 44, 42.

[193] S. für alle Frank VII 2c zu § 242 StGB, Ebermayer II B 2 zu § 242 StGB mit Nachweisen.

[194] S. Frank, a. a. O.

[195] RG 64, 212 f: „Die Eigenmächtigkeit der Wegnahme mag . . der Rechtsordnung im allgemeinen widersprechen. Das genügt aber nicht, um die Rechtswidrigkeit der Zueignung im Tatbestande des Diebstahls (man beachte

von Rechtsfiguren, die der Rechtswidrigkeit einer Zueignungsabsicht entsprechen, nicht veranlaßt, da nach dem Willen des Gesetzes (Gegenschluß) nur rechtswidriges Verhalten strafbar sein soll, nicht etwa ein moral- oder sittenwidriges. Insofern besteht eine beabsichtigte Lücke des Gesetzes, wenn man hier von einer Lücke im Gesetz überhaupt sprechen will und nicht richtiger von einem über das Gebiet der Rechtsordnung hinausgreifenden und von ihr nicht erfaßbaren Verhalten.[196]

Sofern die beabsichtigte Zueignung nicht rechtswidrig ist und auch nicht unter den Tatbestand des Hausfriedensbruchs, der Sachbeschädigung oder wenigstens einer Übertretung fällt, würde es dem Grundgedanken des § 242 StGB widersprechen, mit einer Rechtswidrigkeit nur ähnlichen Begriffen die gleichen Straffolgen zu verbinden, wie mit der rechtswidrigen Zueignung.

3. Wegnahme der Sache

Aus den Worten „wegnimmt", vor allem aus der Vorsilbe „weg", wird geschlossen,[197] daß vor dem Tatbestandsmerkmal des Wegnehmens zu prüfen ist, ob die Sache in einem solchen Verhältnis zu jemandem steht, daß sie ihm überhaupt weggenommen werden kann, ob sie, mit anderen Worten, in jemands Gewahrsam steht.[198] Das Wegnehmen enthält also zweierlei: Die Verletzung eines fremden Gewahrsams und die Begründung eines eigenen.

a) Gewahrsam dessen, dem weggenommen wird

Die fremde bewegliche Sache muß, damit sie gestohlen werden kann, in jemands Gewahrsam sein. Gewahrsam[199] ist hier im be-

---

die nunmehr gegenüber RG 44, 42 stillschweigend berichtigte Ansicht, die Rechtswidrigkeit als eine nicht zum Tatbestand gehörende Strafvoraussetzung zu bezeichnen!) zu begründen. Die Rechtswidrigkeit in diesem Sinn muß in einem .. Widerspruch gerade zu dem Eigentumsrechte des Verletzten mit der rechtlichen Eigentumsordnung stehen."

[196] Einen Fall dieser Art bringt RG 44, 41 ff: „Die angefochtene Verurteilung ist aufzuheben" (S. 43), weil die Rechtswidrigkeit der Zueignung die Verletzung des Eigentums erfordere, die nicht vorliege, „wenn der Eigentümer oder der zur Eigentumsübertragung Berechtigte mit der Zueignung einverstanden ist...", (S. 42), was nach BGB zu entscheiden ist.

[197] Das Erfordernis des Gewahrsams könnte man nicht minder zutreffend aus den Worten „einem anderen" folgern, wie es W. v. Hippel, S. 14 vorschlägt; um die übliche nicht gerade falsche Konstruktion nicht zu stören, richten wir uns nach der herrschenden Meinung.

[198] S. für alle Frank IV zu § 242 StGB.

[199] Vgl. darüber auch Micelli „Der Begriff des Gewahrsams im Strafrechte" Str.Abh.H 72 (1906), bes. S. 11 ff und S. 46 ff.

sonderen, strafrechtlichen Sinn[200] zu verstehen und wird von Frank[201] am prägnantesten (von anderen dem Sinn nach nicht anders) definiert als „die tatsächliche Beziehung einer Person zu einer Sache, vermöge deren die Person ihren Herrschaftswillen über die Sache in einer der Gewohnheit des täglichen Lebens entsprechenden Weise unmittelbar zu betätigen vermag.“ [202] Es wurde freilich nicht übersehen, daß die Rechtsprechung ihre einzelnen Entscheidungen zu dem Begriff des Gewahrsams immer nur auf den gerade vorliegenden Fall abstellt und nur für den jedesmal anders liegenden Sachverhalt gelten läßt; doch kann von einer „einheitlichen Richtschnur“ gesprochen werden.[203] Als Befürworter einer wortgetreuen, unkomplizierten und gegenständlich lebensnahen Gesetzesauslegung möchten wir nicht versäumen, darauf hinzuweisen, daß das Reichsgericht auch dieses Tatbestandsmerkmal des Gewahrsams als einer tatsächlichen, unmittelbaren Herrschaft gelegentlich ins Unerträgliche ausgedehnt hat. Man hat sich hier auch in der Rechtsprechung dem Frankschen Satz[204] angeschlossen, daß eine Lockerung der Beziehungen zu einer Sache noch nicht die Annahme rechtfertige, daß der Gewahrsam an ihr verloren sei, wenn die Sache immerhin so gewahrt werde, wie man Sachen dieser Art zu bewahren pflege.

Doch kann auch unser auf den Wortlaut zurückgeführter Gewahrsamsbegriff in den Fällen, in denen mit Hilfe einer unserer Ansicht nach zu weit gehenden Auslegung noch ein tatsächliches Herrschaftsverhältnis (= Gewahrsam) angenommen wurde, nicht zur Bildung eines dem Gewahrsam entsprechenden Tatbestandsmerkmals führen, da in diesen Fällen ein strafbarer Versuch des Diebstahls oder ein strafbarer Versuch des Betrugs unschwer angenommen werden könnte, häufig sogar eine Unterschlagung, strafrechtliche Qualifikationen, die eine ausreichende Bestrafung ermöglichen. (Die Höchststrafe eines strafbaren Versuchs liegt nur

---

[200] Siebert,, S. 31, legt das an Hand der reichsgerichtlichen Rechtsprechung dar: „Daß es sich .. um ein Verhältnis tatsächlicher Herrschaft handelt .. hat das RG wiederholt .. zum Ausdruck gebracht.“ Vgl. auch auch Siebert, S. 10 f.

[201] Frank, a. a. O.

[202] Sieberts verdienstvolle akademische Preisschrift „Der strafrechtliche Besitzbegriff, besonders in der Rechtsprechung des RG“ (1928) stellt auf S. 17—20 die Begriffsbestimmungen des RG und des Schrifttums zusammen und kommt zu folgender Definition: „Gewahrsam ist diejenige tatsächliche Beziehung einer Person zu einer Sache, vermöge deren die Person als Herr dieser Sache erscheint,“ S. 124; ähnlich S. 18.

[203] Siebert, S. 124.

[204] Frank IV zu § 242 StGB. Bes. weitgehend RG 50, 185: „Denn entscheidend ist immer nur die Fortdauer der Möglichkeit(!) ..., die tatsächliche Gewalt auszuüben, und diese Möglichkeit konnte auch bei einem Weglaufen der Katzen ohne Rückkehrabsicht noch vorliegen ..“. Weitere Beispiele sind sorgfältig zusammengestellt bei Siebert, S. 36, der zutreffend S. 37 in bezug auf einige ebenfalls sehr weitgehende Fälle von einer „allerdings stark vergeistigten (tatsächlichen?) Verfügungsgewalt“ spricht.

um eine Strafeinheit unter der Höchststrafe des vollendeten Delikts, § 44 StGB).[205]

An diesem Ergebnis ändert auch nichts die seit Savignys umfassendem Werk „Das Recht des Besitzes" (1803) heftig umstrittene, auch heute noch nicht geklärte Frage des Besitzwillens. (Savigny unterschied corpus und animus sibi habendi.) Aus dem Wort „wegnehmen" folgt höchstens, daß der Gewahrsamsinhaber wenigstens den „generellen Willen"[206], wenn auch ohne genaue Kenntnis im Einzelfall, haben muß, die Sache tatsächlich zu beherrschen.

Das Reichsgericht läßt dieses Erfordernis des allgemeinen Besitzwillens wenigstens in seinen älteren Entcheidungen genügen,[207] wobei es freilich, wie wir erwähnt haben, an die vom Willensmoment zu unterscheidende tatsächliche Voraussetzung eines Gewahrsams zu geringe Anforderungen stellt, diese Voraussetzungen vielfach sogar „durch den generellen Besitzwillen" ergänzt.[208] Im übrigen ist die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu dieser Frage uneinheitlich und unklar.[209] Im Schrifttum sind die Meinungen ebenfalls geteilt.[210]

---

[205] Z. B. in dem erwähnten Fall, wo das RG bei der nochmaligen Prüfung durch den Erstrichter in Erwägung gezogen wissen will, „ob etwa die Tat des Angeklagten von einem anderweiten rechtlichen Gesichtspunkte aus als strafbar sich darstellte, ob sie insbesondere den Tatbestand eines versuchten oder vollendeten Betruges erfülle," RG 19, 41.

[206] Siebert widmet dieser Frage ein eigenes Kapitel, S. 48 f und stellt wieder die Äußerungen des RG zusammen: „Lassen allgemeine oder besondere Anweisungen den Willen des Anweisenden erkennen, Gewahrsam zu erwerben, dann ist eine spezielle Kenntnis nicht erforderlich." S. 52.

[207] S. die Nachweise bei Frank IV zu § 242 StGB. — Micelli meint, indem er eine Reihe von Reichsgerichtsentscheidungen anführt, S. 47 etwas zu weitgehend, das RG erkläre „Wissen und Wollen für unentbehrlich". Dagegen sprechen doch, was Micelli sogar erwähnt, z. B. RG 12, 256, 353.

[208] Siebert beobachtet feinsinnig, daß das RG auf die Willensfrage nur dann ausdrücklich eingeht, „wenn es sich um eine stark gelockerte tatsächliche Herrschaftsgewalt handelt", wogegen es dann, „wenn die tatsächliche Herrschaft eine augenfällige ist, eine Willensfunktion nicht erwähnt." S. 59: Hier werde sie aber nicht etwa für entbehrlich gehalten, sondern der Wille liege in diesen Fällen „in der tatsächlichen Gewalt, er kommt in ihr zum Ausdruck . . " S. 60.

[209] So z. B. RG 50, 48 f: „Sobald die Möglichkeit (!) der ausschließlichen Beherrschung der Sache durch eine dritte Person nach den Umständen besteht . .", sei es nicht angängig, die Wegnahme zu leugnen, „sobald das tatsächliche Herrschaftsverhältnis ohne Wissen des Inhabers entstanden ist und sein Bestehen vielleicht (!) seinem Willen zuwiderläuft". „Will man aber das geschilderte rein tatsächliche . . Verhältnis für den Begriff des Gewahrsams nicht genügen lassen, sondern im Gegensatz zu der überwiegend (also nicht ständig!) in der reichsgerichtl. Rechtsprechung vertretenen Meinung weiter auch einen Herrschaftswillen des Gewahrsaminhabers fordern . . so kann auch insoweit der Urteilsbegründung die Unterlage für das Bestehen des Gewahrsams . . entnommen werden." — Die Unklarheiten dieser Entscheidung, die sich auf die überwiegend (!) vertretene Meinung des RG beruft, wurde auch von der Wissenschaft empfunden, so daß selbst ein die reichsgerichtl. Rechtsprechung so sorgfältig benützendes Erläuterungsbuch, wie das von

b) Gewahrsam dessen, der wegnimmt

Die fremde bewegliche Sache muß, damit ein Diebstahl vorliegt, vom Wegnehmenden in seinen Gewahrsam gebracht worden sein.[211]

Die Schwierigkeit bei diesem Teil des Tatbestandsmerkmals „wegnehmen" besteht darin, daß der Augenblick erfaßt werden muß, in dem das strafrechtlich unerhebliche Tun (die bloßen Vorbereitungshandlungen) des Täters zu einem strafrechtlich erheblichen wird. Stellen wir uns vor, der Hotelbursche, der den Schmuck des Zimmermädchens zu stehlen sich entschlossen hat, macht sich auf den Weg von seiner Wohnung zu dem Zimmer des Mädchens, in das er als Hotelbursche jederzeit ungestört und rechtmäßig gelangen kann, und wird bei seinem Verhalten mit der Zeitlupe gefilmt; in welchem Moment beginnt die Wegnahme des Schmuckes? Wann endet die Vorbereitungshandlung, wann wird der Versuch zur Vollendung?

Bei diesem Problem handelt es sich also darum, ob hier eine strafgesetzliche Lücke, die etwa durch eine entsprechende Anwendung ausgefüllt werden könnte, vorliegt.[212]

Das Reichsgericht hat die Grenze zwischen Vorbereitung und Ausführungsbeginn nie scharf und grundsätzlich, sondern immer

---

Kohlrausch (Anm. 4 zu 242 StGB) nur sagen kann, diese Entscheidung sei (neben anderen) „wohl so zu verstehen", daß ein genereller Besitzwille genüge, was wir allerdings gerade aus dieser Entscheidung nicht herauslesen können.

[210] In der Rechtslehre wird der Besitzwille überwiegend für erforderlich erachtet. S. Ebermayer I 2 zu § 242 StGB: „Verfehlt ist es, dem Besitz das Willensmoment abzusprechen" mit zahlreichen Nachweisen für und gegen diese Ansicht.

[211] Das wurde früher gelegentlich (z. B. von Meyer-Rubo; Nachweise bei W. v. Hippel, S. 21) bestritten; das Gesetz fordere, so sagten sie, nur ein Wegnehmen, nicht ein Ansichbringen. Schon Hippel weist demgegenüber, S. 21 f darauf hin, daß das Wegnehmen den Erwerb (d. h. wohl die tatsächliche Beherrschung) des Wegnehmenden zur Folge haben muß, da im anderen Fall von einer Zueignungsabsicht keine Rede sein kann. — Manchmal wurde sogar die Ansicht vertreten, daß im „Wegnehmen" nicht die Begründung eigenen Gewahrsams, sondern nur eines Gewahrsams enthalten sei; jedenfalls habe sich „das unabweisliche praktische Bedürfnis" für eine solche „Auslegung" herausgestellt. Mezger mit einer kurzen Darstellung dieser Entwicklung in der Rechtsprechung und gleichlaufend damit im Schrifttum, JW 1934, 1658; vgl. hierzu unsere Anm. 181.

[212] Man unterscheidet hier:

a) Kontraktionstheorie, die das Berühren der Sache genügen läßt;
b) Apprehensionstheorie, die die Wegnahme erst dann annimmt, wenn der fremde Gewahrsam gebrochen und ein anderer an dessen Stelle getreten ist (d. i. die herrschende Theorie);
c) Ablationstheorie, die ein Verbringen der Sache an einen anderen Ort erfordert.
d) Illationstheorie, die Bergung der Sache verlangt.

Vgl. zu dieser Unterscheidung Harburger, S. 206 und die ausführlichen Nachweise in seiner Anm. 5 hiezu.

nur von Fall zu Fall gezogen. So kommt es, daß der Punkt, an dem die Tatbestandsmäßigkeit des bisher strafrechtlich unerheblichen Verhaltens beginnt, bald näher der Vollendung, bald näher der Straflosigkeit der Tat liegt; neuerdings neigt das Reichsgericht dazu, den strafbaren Versuch nach der Seite der straflosen Vorbereitungshandlung hin auszudehnen.[213] Das geschah durch eine zu weite Ausdehnung des richtigen Gedankens, daß bei der Prüfung der Frage „Wann Vorbereitungshandlung, wann Beginn der Ausführung?" objektive und tatbestandliche Gesichtspunkte, vor allem die Frage nach dem Rechtsgut leitend sein müssen.[214] Es wäre aber eine petitio principii, wollte man einfach sagen: Jedesmal wenn der Gewahrsam des Berechtigten gelockert ist,[215] hat die Wegnahme schon begonnen. Dann gäbe es überhaupt keine Vorbereitungshandlung; denn schon der erste Schritt einer Diebstahlsvorbereitung, ja schon das Zustandekommen eines bloßen Diebstahlsentschlusses mindert die Festigkeit eines Gewahrsams, da die Sache ohne diese Vorbereitungshandlung und ohne diesen Entschluß in der Hand des Berechtigten sicherer wäre.

Dennoch ist bei diesen Grenzfällen, die wir entgegen dem Reichsgericht nicht mehr unter das Tatbestandsmerkmal der Wegnahme bringen können, die Bildung eines der Wegnahme entsprechenden Tatbestandsmerkmals, besonders die Bildung eines dem Wegnahmeversuch entsprechenden Tatbestandsmerkmals, nicht möglich. Denn die Grenze, diesseits deren ein Verhalten straflose Vorbereitung bleiben soll, hat der Gesetzgeber bewußt (wenn auch nicht scharf) gezogen und nur den Anfang der Ausführung, nicht schon ein diesem Ausführungsanfang ähnliches vorbereitendes Verhalten unter Strafe gestellt. Es handelt sich bei der Suche nach dieser Grenze wirklich nur um eine Auslegungsfrage.

---

[213] So auch Mezger, Lehrb. S. 385. — Als Beispiel für unsere Frage, wo in einer Vorbereitungshandlung rechtsirrtümlich schon der Beginn des Gewahrsamsbruchs und damit der Wegnahme gesehen wurde, seien aufgeführt: RG 53, 129 f: „Hiernach besteht der Anfang der Ausführung .. darin, daß der Angeklagte, nachdem er sich auf dem Grundstücke selbst die Schlüssel verschafft hatte .. mit diesen Werkzeugen in die Backstube hineinging." RG 53, 218: „Zur Wegnahme .. kann .. schon die bloße Ermöglichung (!) ihrer Ausführung gehören, nämlich dann, wenn ein .. Hindernis (bellender Wachhund) vom Täter beiseite geschoben wird." Hier wird die Ermöglichung der Ausführung rechtsirrig dem Beginn der Ausführung gleichgestellt.

[214] So Mezger, der diesen Auslegungsgrund, Lehrb., S. 385, an Hand praktischer Beispiele eingehend erläutert.

[215] In vielen Fällen handelt es sich sogar bloß um eine Gefährdung des Gewahrsams. Den Unterschied zwischen strafbarem Eingriff in das Rechtsgut und dessen bloßer Gefährdung durch eine Vorbereitungshandlung läßt auch die von Mezger, Lehrb. S. 385, gutgeheißene Entscheidung RG 59, 386 außer Acht: „Weil schon das Anlegen (der Waffe) eine Gefährdung .. darstellt." Ein Versuch ist kein Gefährdungsdelikt, sondern, was erheblich weiter geht, Beginn der Ausführung der Verletzung des Rechtsguts!

Wir haben diese Ausführungen über die Bildung eines entsprechenden Tatbestandsmerkmals bei versuchsähnlichen Fällen hier gemacht. Sie gelten aber für alle vermögensrechtlichen, ja für alle Tatbestände des Strafgesetzbuches überhaupt.

Man könnte endlich noch daran denken, daß der Täter nicht selbst, sondern in mittelbarer Täterschaft (etwa durch ein strafunmündiges Kind)[216] wegnimmt; auch in diesen Fällen ist ein der Wegnahme entsprechendes Tatbestandsmerkmal nicht zu bilden, da, abgesehen davon, daß diese Fälle sonst häufig als Betrug oder Unterschlagung bestraft werden müssen, „der ursächliche Zusammenhang zwischen der Handlung (im natürlichenSinn) des Täters und dem . . Erfolge . . dadurch nicht ausgeschlossen" wird, „daß in die Reihe der Ursachen die vom Täter veranlaßte Tätigkeit einer Mittelsperson tritt, die selbst ohne den für die Straftat erforderlichen Vorsatz handelt".[217]

Die Frage, ob durch § 2 StGB viele Lehren aus dem Allgemeinen Teil des Strafrechts (wir haben sie soeben beim Versuch und bei der Ursächlichkeit verneint) ebenso eine Wandlung erfahren, wie der Tatbestand, mag hier nur kurz erwähnt und künftigen Darstellungen vorbehalten sein.

4. Besondere Merkmale des schweren Diebstahls

§ 243 I lautet:
Auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn

1. aus einem zum Gottesdienste bestimmten Gebäude Gegenstände gestohlen werden, welche dem Gottesdienste gewidmet sind;
2. aus einem Gebäude oder umschlossenen Raume mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechens von Behältnissen gestohlen wird;
3. der Diebstahl dadurch bewirkt wird, daß zur Eröffnung eines Gebäudes oder der Zugänge eines umschlossenen Raumes, oder zur Eröffnung der im Innern befindlichen Türen oder Behältnisse falsche Schlüssel oder andere zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmte Werkzeuge angewendet werden;
4. auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze, einer Wasserstraße oder einer Eisenbahn, oder in einem Postgebäude oder dem dazugehörigen Hofraume, oder auf einem Eisenbahnhofe eine zum Reisegepäck oder zu anderen Gegenständen der Beförderung gehörende Sache mit-

[216] RG 53, 180 f.
[217] So RG 24, 87, worauf die späteren Entscheidungen (RG 53, 181) Bezug nehmen.

tels Abschneidens oder Ablösens der Befestigungs- oder Verwahrungsmittel, oder durch Anwendung falscher Schlüssel oder anderer zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge gestohlen wird;

5. der Dieb oder einer der Teilnehmer am Diebstahle bei Begehung der Tat Waffen bei sich führt;
6. zu dem Diebstahl mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben, oder
7. der Diebstahl zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude, in welches sich der Täter in diebischer Absicht eingeschlichen oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte, begangen wird, auch wenn zur Zeit des Diebstahls Bewohner in dem Gebäude nicht anwesend sind. Einem bewohnten Gebäude werden der zu einem bewohnten Gebäude gehörige umschlossene Raum und die in einem solchen befindlichen Gebäude jeder Art sowie Schiffe, welche bewohnt werden, gleich geachtet.

Diese Vorschrift enthält die Tatbestandsmerkmale, die einen einfachen Diebstahl zu einem schweren machen. Daß die Bestimmungen dieses Paragraphen, wie schon seine „übertriebene und altmodische Kasuistik“ [218] zeigt, die verschiedenen Auslegungsmethoden auf die Probe stellen mußte, kann nicht Wunder nehmen; die hier sich an den Wortlaut haltende Rechtsprechung des Reichsgerichtes hat die Fehlkonstruktion dieses Paragraphen deutlich werden lassen. Der neue § 2 StGB kann seine bessernde Wirkung daher gerade an § 243 I StGB erproben; er wird jedoch auch dessen Grenzen und Mängel aufzeigen.

a) Bedeutung der entsprechenden Anwendung für erschwerende Tatbestandsmerkmale im allgemeinen

Vor einer Prüfung der Möglichkeit, Tatbestandsmerkmale zu bilden, die denen, die den Diebstahl erschweren, nur entsprechen, ist zu fragen, ob es grundsätzlich möglich ist, entsprechende erschwerende Tatbestandsmerkmale zu bilden. Der Wortlaut des § 2 StGB scheint dies zu verbieten, da er von einer entsprechenden Anwendung spricht, wenn auf die Tat „kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung“ findet. In Fällen, die bezüglich der Erschwerungsmerkmale den schweren Diebstählen nur ähnlich sind, findet § 242 StGB schon „unmittelbar Anwendung“.

---

[218] Kohlrausch, Handwörterb., S. 748, nennt ihn so und verspricht, selber Mitglied der amtlichen Strafrechtskommission, für das kommende Strafrecht Besserung.

Daher ist, so könnte man folgern, für eine entsprechende Anwendung kein Raum mehr.[219]

Diese Ansicht wurde auch vom Reichsgericht vertreten.[220] Wir teilen sie nicht. Wir glauben vielmehr, daß der Gesetzgeber hier wieder einmal eine Frage „wohl übersehen“ [221] [222] hat. Es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber in seinem Versuch, der sogenannten materiellen Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen, den Unrechtsgehalt einer Tat nur insoweit durch entsprechende Anwendung erfassen will, als auf die Tat überhaupt kein Gesetz unmittelbar Anwendung findet; der Gesetzgeber wollte vielmehr jeden Unrechtsgehalt vollständig, soweit er nicht durch ein Strafgesetz unmittelbar erfaßt wird, bezüglich des Restes durch entsprechende Anwendung erfassen. In den Fällen, die bezüglich der den Diebstahl erschwerenden Umstände (nicht bezüglich des Diebstahls selbst) dem schweren Diebstahl nur ähneln, würde eine Verurteilung lediglich wegen einfachen Diebstahls d e n Unrechtsgehaltsteil der Tat nicht erfassen, der den Erschwerungsmerkmalen nur ähnelt. Insoferne würde ein Urteil wegen einfachen Diebstahls einen Freispruch in bezug auf diesen Unrechtsgehaltsteil bedeuten.

Wir verhehlen bei unserer Konstruktion nicht, daß sie eigentlich eine Anwendung des § 2 StGB auf sich selbst ist. Der Grundgedanke des § 2 StGB ist, das Gericht in die Lage zu versetzen, unbeabsichtigte Lücken des Gesetzgebers zu schließen und Fälle zu erfassen, auf die der Wortlaut des Gesetzes an sich nicht zutrifft, die aber der Gesetzgeber vermutlich hätte treffen wollen, wenn er bei Abfassung des Gesetzes an sie gedacht hätte (Fall C II 2 ß).

Dieser Grundgedanke trifft auch zu, wenn die Lücke nicht den ganzen Unrechtsgehalt einer strafwürdigen Tat, sondern nur einen Teil, nämlich den die Tat erschwerenden Teil des Unrechtsgehalts, straflos ließe. „Eine Beschränkung des § 2 StGB“, so sagt das Reichsgericht,[223] — nachdem es (ein Beweis für die undurchsichtige Schwierigkeit, die dieses gesetzgeberische Mißgeschick neuer-

---

[219] Diese Folgerung hat das LG Ulm JW 1937, 1800 auch gezogen: .. es „findet ja auf die Tat des Angeklagten eine Strafbestimmung unmittelbar Anwendung ..“.

[220] RG Urteil 4 D 97/36 sagt, § 2 StGB sei stets unanwendbar, „wenn die Tat durch irgendein anderes Strafgesetz unmittelbar für strafbar erklärt“ sei. (Zitiert nach der in ZAkd 1937, 57 abgedruckten Entscheidung 2 D 647/36).

[221] So Z i m m e r l, Gegenwartsfragen, S. 185.

[222] M e z g e r scheint der Meinung zu sein, im Gesetz sei eine bestimmte Auffassung, und zwar die von uns vertretene, enthalten, da er ZAkd 1937, 58 ausführt, eine Anwendung des § 2 StBG nur auf Fälle, die sonst straflos blieben, befinde „sich nicht im Einklang mit dem Gesetz“.

[223] RG 70, 356: Diese Entscheidung sieht den schwereren Fall einer fahrlässigen Tötung (§ 222 II) als gegeben an, obwohl nur „der Grundgedanke des § 222 II StGB“ zutrifft und ohne dessen Anwendung schon auf Grund des § 222 I StGB unmittelbar hätte bestraft werden können.

dings gebracht hat) ein knappes Jahr lang geschwankt hat[224] — „auf Fälle, in denen der Täter sonst straflos ausgehen würde, entspricht nicht dem Sinn des Gesetzes."[225]

Wir und nunmehr auch das Reichsgericht sind daher der Meinung, daß § 2 StGB auch auf erschwerende Tatbestandselemente angewendet werden kann.

b) Erschwerende Tatbestandsmerkmale

Nach dieser grundsätzlichen Klarlegung untersuchen wir einzelne Erschwerungsmerkmale des § 243 I StGB. Um nicht auch unsererseits einer kasuistischen Aufzählung, die gerade das Hauptüberl des § 243 I StGB ist, zu verfallen, sei uns eine Beschränkung auf die wichtigsten Merkmale des § 243 I StGB gestattet; auch an dieser Auswahl können wir, worauf es allein ankommt, die grundsätzlichen Fragen und Schwierigkeiten einer Bildung entsprechender Tatbestandsmerkmale zeigen.

α) § 243 I Ziff. 2 StGB

§ 243 I Ziff. 2 StGB sieht es als erschwerenden Umstand an, wenn „aus einem Gebäude oder umschlossenen Raume mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechens von Behältnissen gestohlen wird". Diese Wendung hat manche Schwierigkeiten gebracht: Bezüglich des Merkmals „Gebäude" kam Lehre und Rechtsprechung zu folgender Begriffsbestimmung:[226] „ein allseitig umschlossenes (mit Wänden und Dach versehenes), den Eintritt von Menschen gestattendes Bauwerk, das derartig unbeweglich ist, daß es ohne Zerlegung in seine Teile nicht von der Stelle geschafft werden kann". Die Rechtsprechung hat sich hier eng an den Wortlaut gehalten und somit einen glänzenden Beweis für das gesetzgeberische Mißgeschick geliefert, das bei der Fassung des § 243 I gewaltet hat:

[224] Der IV. Senat hat am 18. 2. 36 (DJZ 609), der II. Senat am 25. 5. 36 (RG 70, 220) den von uns und vom Schrifttum (Zitate bringt K. Schäfer DJZ 1937, 709; bes. früh hat sich Schwarz Anm. 2 zu § 2 StGB gerade gegen diese letzte Entscheidung gewandt) vertretenen Standpunkt abgelehnt; schließlich hat der II. und III. Senat nach kaum 1 Jahr diese Ansicht wieder aufgegeben (17. 12. 36 in RG 70, 356; Urteil vom 23. 11. 36 in RG 70, 362), sodaß unsere Ansicht nunmehr auch die des RG ist.

[225] Wie wir Zimmerl, Gegenwartsfragen, S. 180: Der Grundgedanke eines Deliktstypus, der aus „einem spezifischen Unrechtstypus und einem spezifischen Schuldtypus zusammengesetzt" sei, treffe nicht nur „auf die vom gesetzlichen Wortlaut gedeckten Fälle zu, sondern vielmehr auf alle konkreten Fälle von qualitativ und quantitativ gleichem Unrechts- und Schuldgehalt".

[226] So Frank III zu § 243 StGB, s. die dort angegebenen Entscheidungen.

Ein Neubau[227] sei z. B. kein Gebäude, selbst dann nicht, wenn schon „Mauern, Giebel und Schornsteine standen, auch der Dachstuhl schon aufgesetzt war", „aber die eigentliche Bedachung noch gänzlich fehlte". „Unter diesen Umständen war der Neubau", so fährt das Reichsgericht in einer Art „teleologischer Begriffsbildung" fort, „noch nicht geeignet, Menschen, Tieren oder Sachen gegen äußere Einwirkungen Schutz zu gewähren", was zum Begriff (nicht bloß zum Zweck?) eines Gebäudes gehöre. — Ebensowenig fallen Schiffe unter den Wortlaut des § 243 I Ziff. 2. § 218 Nr. 2, § 221 Nr. 1 des preußischen Strafgesetzbuches habe unter Gebäuden nicht schon begrifflich Schiffe verstanden, aber auch „nach dem im Zweifel als maßgebend anerkannten gewöhnlichen Sprachgebrauche" werde unter einem Gebäude „nicht jedes Erzeugnis irgendeiner Baukunst, beispielsweise auch der Schiffsbaukunst, sondern nur ein solches Bauwerk verstanden, welches in einer mehr oder weniger engen Verbindung mit dem Erdboden steht."[228] Im übrigen sei in § 243 Nr. 7 StGB für die dort erwähnten Fälle Schiffe und Gebäude nebeneinander genannt; dies wäre „eine völlig zwecklose Tautologie . . ., wenn an sich schon Schiffe zu den Gebäuden gehörten". Das Reichsgericht mußte, das soll nicht übersehen werden, zu dieser widerspruchsvollen und gezwungenen Konstruktion, die bald den Wortlaut (bei „Schiffen"), bald den Zweck des Wortlautes (beim „Neubau") für maßgebend erklärt, gelangen, da die Aufzählung in § 243 I StGB mißglückt und widerspruchsvoll ist und vollkommen willkürlich erscheint. Warum sind nur in Ziff. 7 die Schiffe neben den Gebäuden genannt, während sie in Ziff. 2 fehlen? Dafür ist kein gesetzgeberischer Grund zu finden.

Von diesen beiden Beispielen (Neubau und Schiff = Gebäude?) ausgehend, möchten wir die Unterscheidung treffen, daß in Fällen, wie in dem ersten (Neubau), eine Bildung entsprechender Tatbestandsmerkmale nicht veranlaßt ist, weil der Grundgedanke des Gesetzes (der erhöhte Rechtsfriede des Orts, an dem gestohlen wird[229]) auf einen unfertigen Neubau, wie die Entscheidung selbst ausführt, nicht zutrifft. — Dagegen halten wir es im zweiten Fall (Schiff), wo lediglich eine Wortinterpretation für die Verneinung der Gebäudeeigenschaft eines Schiffes maßgebend war, für möglich, die Lücke zu schließen, die mit der steigenden Bedeutung der Schiffe und der Möglichkeit, wohnungsähnliche Überseedampfer zu bauen, im Gesetz entstanden war und vom Gesetzgeber, der damals diese Entwicklung nicht ahnte, nicht berücksichtigt worden ist. Der Gesetzgeber hätte sich sonst der Ansicht nicht verschließen können, daß gerade ein Schiffsbauwerk, etwa ein Ozeanriese, ein Ort ist, an dem der erhöhte Rechtsfriede nicht weniger geschützt zu werden verdient, als bei einem Bauwerk auf dem Festland. —

---

[227] RG 49, 51 f. [228] RG 4, 433 f. [229] Frank III zu § 243 StGB.

Das Tatbestandsmerkmal des umschlossenen Raumes wurde mit Rücksicht auf die einschlägige Rechtsprechung definiert[230] als „ein Teil der Erdoberfläche, dessen Betreten durch nicht ganz leicht zu überwindende, ringsum vorhandene Hindernisse Unbefugten verwehrt werden soll".

Das Reichsgericht hat Schiffe[231] und Wagen[232] nicht zu den umschlossenen Räumen gerechnet; auch ein Kraftwagen[233] wird vom Reichsgericht nicht als umschlossener Raum betrachtet, wenngleich das Reichsgericht wenigstens hiefür in besonderen Fällen einen gangbaren Ausweg durch Anwendung des § 243 I Ziff. 4 gefunden hat.[234] Merkwürdigerweise hat das Reichsgericht gerade bei diesem unglücklichen § 243 I die sonst häufig beobachtete verschleierte Analogie nicht angewandt, sondern in unbeirrbarer Wortauslegung die Folgerungen gezogen, zu denen der Gesetzgeber zwang.

Wir sind nun der Meinung, daß der Grundgedanke des § 243 I Ziff. 2 StGB — erhöhter Rechtsfriede an diesen Orten — auch auf die nach dem Wortlaut dieser Vorschrift nicht mehr zu den umschlossenen Räumen zählenden Gegenständen (Schiffe, Wagen, Kraftwagen) Anwendung zu finden hat. Dazu kommt weiter, daß nicht nur der Wille des Eigentümers, seine Sachen an einem sicheren Ort geborgen zu wissen, eine entsprechende Anwendung erfordert, sondern auch der in diesen Fällen besonders ausgeprägte verbrecherische Täterwille, aus einem solchen Raum zu stehlen.

Die bisherige Rechtsprechung bekämpfend haben untere Gerichte den § 243 I Ziff. 2 StGB in letzter Zeit auf Schiffe unmittelbar angewandt und sie den Gebäuden gleichgesetzt.[235] Das halten

---

[230] Frank III zu § 243 StGB.

[231] RG 8, 365 f: „Das Wort ‚Hofraum' hat, wie die Entstehungsgeschichte der Strafvorschrift .. erweist, die Sprache der Gesetzgebung geleitet und dieselbe bestimmt, alle in ähnlicher Weise begrenzte oder umfriedete Teile der Erdoberfläche als „umschlossene Räume" mit den Gebäuden auf gleiche Linie zu stellen." — Es müßte „als eine willkürliche Übertragung einer bestimmt begrenzten Bezeichnung auf gänzlich anders geartete Verhältnisse bezeichnet werden, wollte man nunmehr die Verbindung des „umschlosseenn Raumes" mit Haus und Hof und Erdboden für ganz gleichgültig erklären, und die auf dem Wasser schwimmenden Schiffsgefäße, die beweglichen zum Transport von Menschen und Gütern bestimmten Fahrzeuge unter die Kategorie „umschlossene Räume" subsumieren. — Neuestens auch RG 2 D 467/36; (vgl. die Fundstelle in Anm. 237): Schiffe „sind auch kein umschlossener Raum"; das gehe durch Gegenschluß aus § 243 I Nr. 7 StGB hervor.

[232] RG 53, 277 f wo die ältere Rechtsprechung erwähnt ist.

[233] RG JW 1936, 2806 mit Hinweisen auf ältere Entscheidungen dieses Inhalts.

[234] RG JW 1937, 1800: „Dagegen hat der Angeklagte dadurch, daß er das Verdeck des auf der Straße stehenden Autos aufschnitt und die im Innern des Wagens befindliche Tasche wegnahm, den § 243 Nr. 4 StGB verletzt. Denn das Auto ist hier .. auch Verwahrungsmittel; die Tasche war Gegenstand der Beförderung und der Wagen stand auf der öffentlichen Straße." So auch RG 3 D 529/36 vom 29. 7. 36.

[235] AG Hamburg JW 1936, 3496 f, SchöffG Duisburg JW 1935, 3128.

wir nicht für richtig, da der Wortlaut selbst eben einmal zu „sinnwidrigen Ergebnissen“[236] führen muß. Das Reichsgericht hat eine solche unmittelbare Anwendung (Schiff entspricht einem Gebäude) auch nicht gutgeheißen:[237] „Daß Schiffe dem Wortlaut des § 243 Nr. 2 nach nicht unter diese Vorschrift fallen, bedarf keiner besonderen Begründung“; hinsichtlich der entsprechenden Anwendung des § 243 I Nr. 2 auf Schiffe macht das Reichsgericht in der angeführten Entscheidung[237] eine beachtliche Unterscheidung; „große Schiffe“ und „Sport-, Segel- und Motorboote“ seien zu unterscheiden: „Ob etwa ein großes Schiff einem Gebäude gleichgestellt werden kann“, brauche im vorliegenden Fall (leider) nicht entschieden zu werden. „Kleine Sport-,. Segel- und Motorboote“ haben jedenfalls „mit dem Begriff ‚Gebäude‘ nichts gemein.“ Eine entsprechende Anwendung auf sie komme daher nicht in Frage. Diese Entscheidung halten wir für richtig.[238] —

Im Gegensatz zu den genannten Merkmalen (Bauwerk, umschlossener Raum) ist das Tatbestandsmerkmal des Einbruchs zu Ungunsten des Täters in analogieähnlicher Weise ausgeweitet worden;[239] an drei Entscheidungen sei dies kurz dargetan.

RG 2, 372 sagt noch in enger Anlehnung an den Gesetzeswortlaut, daß „ein Einbruch da nicht für gegeben angenommen“ werden kann, „wo der vom Diebe aufgehobene Zusammenhang der Umschließung des Raumes, aus welchem gestohlen worden, lediglich durch das Gesetz der Schwere und nicht durch irgendwelche zerstörte oder beschädigte Bindemittel hergestellt und mit dem Aufhören der Kraftanwendung ohne weiteres wieder vorhanden war.“ — RG 3, 361 f. steht hingegen schon auf einem anderen Standpunkt: „Durch eine gewaltsame Trennung der fest zusammengefügten, vielleicht nur durch ihre Schwerkraft mechanisch untereinander verbundenen[240] selbständigen Bestandteile einer . . zusammengesetzten Vorrichtung“ könne eingebrochen werden; unter Bezugnahme darauf so wörtlich noch RG 60, 380. — Am weitesten entfernt sich von der ursprünglich wortgetreuen Aus-

---

[236] AG Hamburg, a. a. O. [237] RG ZAkd 1937, S. 57 f JW 1937, 167 f.

[238] Mezger geht in seiner Anm. zu dem genannten Urteil der Frage nach, ob auch auf große Schiffe § 243 I Ziff. 2 StGB anwendbar sei; er verneint dies: Es fehle am gemeinsamen Grundgedanken: „Daß aber § 243 Nr. 2 nach seinem Grundgedanken auf freibewegliche Fahrzeuge“, also auch auf Schiffe mittlerer Größe, „keine Anwendung finden will, ist sicher“. Anders könne es vielleicht bei „vorübergehender, festgelegter Verbindung mit dem Bootshaus“ sein. In dieser allgemeinen Fassung scheint uns diese Ansicht nicht richtig, da, wie dargelegt, der Grundgedanke (erhöhter Rechtsschutz und gesteigerter Verbrecherwille in bezug auf Gegenstände der Baukunst) auch auf Schiffe zutrifft, deren gebäudeartigen Charakter der Gesetzgeber nicht geahnt hat.

[239] Einen Grund für diese unterschiedliche Behandlung der Merkmale des § 243 I Ziff. 2 konnten wir nicht ausfindig machen.

[240] Frank III 2c zu § 243 I Ziff. 2 StGB samt den dort genannten Nachweisen hält an dem Erfordernis einer Substanzverletzung trotzdem, allerdings ohne Begründung, fest.

legung des Tatbestandsmerkmals „Einbruch“ (das doch ein Hineingelangen des Diebes, wenn schon nicht mit einem Körperteil, so doch wenigstens mit einem Werkzeug, das man noch als verlängerten Arm des Diebes gelten lassen kann, voraussetzt) RG 56, 48, wonach es genügen soll, daß der Täter anstatt selbst hineinzugelangen, nur mit seiner elektrischen Taschenlampe hineinleuchtet, „auf die Gewohnheit der Tiere rechnend, dem Lichte, das sie blendet, entgegenzugehen.“ „Sie haben sich also . . der Lampe und des Lichtscheins (!) als Mittels bedient, die Tiere zu der selbsttätigen Bewegung anzuregen, durch die sie aus dem Gewahrsam des Eigentümers in den der Diebe gelangten; sie haben demnach mittels Einbruchs aus einem Gebäude gestohlen.“ Diese Entscheidungen offenbaren wieder die nämliche Zwangslage des Reichsgerichtes, die wir schon wiederholt beobachten konnten. Durch das Drängen der fortschreitenden Wirtschaft oder, wie bei der letzten Entscheidung (RG 56, 48), durch die Entwicklung der Technik (elektrische Lampe; einem Kerzenlicht wären die drei Hammel wohl nicht nachgelaufen) hat sich das Reichsgericht zu einer Aufblähung der Tatbestandsmerkmale verleiten lassen, um von sich aus zu tun, was der Gesetzgeber hätte ermöglichen müssen, nämlich eine Tat so zu bestrafen, wie es die Gerechtigkeit erfordert. Die Entdeckung des elektrischen Stromes und die damit entstandene Möglichkeit, eine elektrische Taschenlampe zu konstruieren, hatten eine Gesetzeslücke gezeigt, da der Gesetzgeber an die Ausnützungsmöglichkeiten des elektrischen Stromes nicht hat denken können. Diese elektrische Lampe mit ihrer im Vergleich zu den bisher verwendetenLampen viel stärkeren Leuchtkraft hat dem Dritten die Möglichkeit gegeben, mit einem dem Einbruch nur entsprechenden Verfahren eine Wirkung im Innern des Stalles zu erzeugen, die an Unrechtsgehalt dem des Einbruchs gleichkommt. Gegen die Bildung eines g e s e t z l i c h e n Tatbestandsmerkmals bestehen daher, weil Einbrechen und Hineinleuchten dem Wortlaut nach zweierlei ist, Bedenken, nicht aber gegen die Bildung eines e n t s p r e c h e n d e n Tatbestandsmerkmals, weil der Grundgedanke des Wortlauts — erhöhter Rechtsfriede im Innern des Gebäudes — durch Hineinleuchten ebenso verletzt werden kann wie durch Einbrechen. —

Auch beim Tatbestandsmerkmal des E i n s t e i g e n s hat man zum Teil, namentlich früher, am Wortlaut festgehalten und es nicht genügen lassen, daß der Dieb das Hindernis bloß überschreitet[241] oder auf einer Leiter (am Gebäude) emporsteigt und

[241] RG Rspr. 7, 11, Ein Einsteigen würde nur dann vorliegen, „wenn sich die Höhe des Loches (in der Mauer) über dem Erdboden oder dessen Größe als ein dem Eindringen in die Scheune entgegenstehendes Hindernis darstellte. Dieser Auffassung entspricht es, wenn die Strafkammer bei Beurteilung der Frage, ob die Angeklagte die von ihr begangenen Diebstähle mittelst Einsteigens verübt, entscheidendes Gewicht auch auf die Höhe des Loches über der Erde legte“.

durch das Fenster hineinlangt,[242] ohne damit wenigstens mit einem Fuß[243] oder mit dem Schwerpunkt seines Körpers[244] in das Innere des Gebäudes zu gelangen. In unbegreiflicher Inkonsequenz hat das Reichsgericht jedoch das Hineinkriechen,[245] mit der nämlichen Begründung sogar das Hindurchschwimmen[246] dem Einsteigen gleichgesetzt.

In diesen Fällen halten wir es jedoch für unmöglich, die Mängel der Tatbestandsfassung mit einer entsprechenden Anwendung zu heilen, da hier keine unbeabsichtigte Gesetzeslücke angenommen werden kann; der Gesetzgeber von damals wußte so gut wie der heutige, daß Einsteigen nur e i n e Art der Hindernisüberwindung ist und besonders nicht Hindurchkriechen und Hindurchschwimmen und ähnliches umfaßt. Die Lücke mag rechtspolitisch unverständlich und beklagenswert sein, sie kann aber, da vom Gesetzgeber offenbar beabsichtigt, nicht mit § 2 StGB geschlossen werden. Anders wäre es bei Fällen, die so kompliziert liegen, daß sie der Gesetzgeber, obwohl er hätte daran denken können, vermutlich übersehen hat, oder bei Eindringungsarten, die erst die Technik ermöglicht hat, wie etwa das Einfliegen mittels eines Flugzeugs oder eines Luftballons in den Dachgarten eines Wolkenkratzers; beim letzten Beispiel könnte man sagen, die Höhe des Dachgartens sollte den gleichen Schutz vor Dieben bilden, wie das Hindernis, das durch Einsteigen überwunden werden muß, daher sei eine

---

[242] So E b e r m a y e r III 5 zu § 243 StGB, allerdings ohne Nachweis (RG 4, 177 wäre etwa zu nennen gewesen) aus der Rechtsprechung; bemerkenswert ist, daß E b e r m a y e r zugibt, das Gesetz zwinge zu diesem, wie er meint, bedauerlichen „Formalismus".

[243] Darauf stellt F r a n k III 2b zu § 243 Ziff. 2 StGB ab; ähnlich RG 4, 117: „Die Intensität des widerrechtlichen Willens .. wie die Gefährdung .. ist bei dem durch Einsteigen vermittelten Betreten des Raumes .. eine höhere, als .. wenn der Dieb zwar durch Steigen an die Öffnung eines Gebäudes .. gelangt, durch diese aber nicht einsteigt, sondern in dieselbe nur mit einem Teile des Körpers eindringt."

[244] Diese Ansicht ist bei F r a n k , a. a. O., angeführt, aber zutreffend abgelehnt.

[245] RG 13, 258: „Denn im Sinn des Gesetzes .. ist das wesentliche Kriterium des Einsteigens darin zu suchen, daß der Dieb auf außergewöhnliche Weise oder durch eine zum Hineingelangen in ein Gebäude .. nicht bestimmte Öffnung in dasselbe e i n d r i n g t , d. i. mit Überwindung von Schwierigkeiten oder Hindernissen in dasselbe gelangt. Es kann daher auch ein Hindurchkriechen, wenn dabei Hindernisse zu überwinden sind, den Tatbestand des Einsteigens erfüllen." Dazu wäre bloß zu fragen, warum das Gesetz dann nicht, was es doch auch hätte tun können, „Überwindung von Hindernissen", sondern „Einsteigen" gesagt hat. Übrigens wird man schwerlich bestreiten können, daß das wesentliche Kriterium des Einsteigens doch zunächst im „Steigen" und im „hinein" liegt. Anders würde man den deutschen Worten wie schlecht gewordenen Münzen überhaupt nicht mehr trauen dürfen.

[246] Siehe die Nachweise aus der Rechtsprechung bei E b e r m a y e r III 5 zu § 243 StGB.

entsprechende Anwendung auf einen Dieb, der diese Höhe mißachtet und überwindet, möglich.[247]

Möglich scheint uns wiederum eine entsprechende Anwendung in dem viel erörterten Fall, in dem der Dieb ein Behältnis aus einem Gebäude stiehlt und erst im Freien öffnet und in dem das Reichsgericht vor der Novelle vom 28. Juni 1935 ständig nur wegen einfachen Diebstahls verurteilte.[248]

Diese wörtliche Anwendung des § 243 I Ziff. 2 StGB wurde im Schrifttum nicht immer gebilligt: Es sei mit dem Wortlaut des Gesetzes noch vereinbar, daß die Sache aus einem Gebäude gestohlen und um an sie zu gelangen und sie sich zueignen zu können, das Behältnis im unmittelbaren Anschluß an die Wegnahme erbrochen werde, gleichgültig, ob dies noch innerhalb des Gebäudes geschehe; denn der Schärfungsgrund der Vorschrift liege darin, daß der Täter aus dem Gebäude stehle und außerdem noch einen entgegenstehenden Widerstand überwinde.[249] Aber gerade der Umstand, daß man zu dieser unmittelbaren Anwendung erst durch Heranziehung eines Schärfungsgrundes gelangen kann, scheint uns nur eine entsprechende Anwendung zu erlauben, zumal der Wortlaut, ohne daß es noch auf Motive oder auf die Fassung der entsprechenden Vorschrift des Preußischen Stafgesetzbuches ankommt, klar sagt: „Wenn aus einem Gebäude . . mittels . . Erbrechens von Behältnissen gestohlen wird."

Die herrschende Meinung — man kann wohl schon von einer solchen sprechen —[250] wendet den § 243 I Ziff. 2 auf dieses Musterbeispiel einer innerlich nicht gerechtfertigten, aber unvermeidbaren Folgerung aus einer allzu kasuistischen Fassung des Gesetzes[251] in der Tat auch nur entsprechend an. Der Grundgedanke des § 243 I Ziff. 2 StGB bedarf in einem solchen Fall jedoch einer sorgfältigen Klarlegung: Wir sehen ihn darin, daß der Dieb einen doppelten Schutz des Eigentums mißachtet hat, nämlich die Aufbewahrung der Sache im Gebäude (oder im umschlossenen Raum)

[247] Es soll hier nicht verkannt und noch einmal betont werden, daß künftig vermutlich umfassende Streitschriften zu der Frage geschrieben werden, wie im Einzelfall festgestellt werden soll, ob eine gesetzliche Lücke beabsichtigt ist.

[248] RG 7, 419 f; 11, 208 ff; 40, 97: „Die außerhalb des Gebäudes erfolgte gewaltsame Eröffnung von Behältnissen kommt dagegen für den Tatbestand des schweren Diebstahls nicht in Betracht."

[249] Siehe z. B. K. Schäfer, JW 1937, 1800.

[250] Kohlrausch § 243 StGB zu Nr. 3 a. E. und Sternagel-Haase, S. 108 f. Er erwähnt, daß das Volk eine solche unterschiedliche Behandlung als „unberechtigt empfunden" habe; beide schweigen aber über den Grundgedanken. — Ausführlich hierzu K. Schäfer JW 1937, 1800 f und die dort (S. 1801 a. E.) genannten. — Dagegen bisher nur Allfeld, GS 107, 312, der von allen Schriftstellern den § 2 StGB wohl am wenigsten angewendet wissen will. — In der Rechtsprechung finden sich bisher nur die Urteile des LG Ulm vom 26. 1. 1937 (JW 1937,1800) und des AG Traunstein (JW 1937, 1801 f); das letzte Urteil läßt übrigens nicht erkennen, ob es den § 243 StGB unmittelbar oder entsprechend anwendet.

und ihre Einschließung in ein Behältnis. In welcher Reihenfolge der Dieb diese beiden Sicherungen verletzt, ob er zuerst aus dem Gebäude wegnimmt und dann das Behältnis erbricht oder umgekehrt, ändert am Unrechtsgehalt seiner Tat nichts. Daß die durch die „wenig glückliche Fassung des Gesetzes“[251] entstandene Lücke unbeabsichtigt ist, kann allerdings nur damit begründet werden, daß kein Grund erfindlich ist, der den Gesetzgeber hätte veranlassen können, diese Lücke bewußt offen zu lassen.[252] Wir wollen auch nicht verhehlen, daß zwei Bedenken sich gegen eine entsprechende Anwendung des § 243 I Ziff. 2 StGB auf diese Fälle erheben ließen: Einmal spricht, wie K. Schäfer anmerkt, die Entstehungsgeschichte dagegen: Nach der entsprechenden Vorschrift des Preußischen Strafgesetzbuches, die der Gesetzgeber als Vorbild nahm, ist ein „Einbruch vorhanden, wenn der Täter im Innern des Gebäudes Türen, Wände, Eingänge oder Durchgänge, Schränke, Kisten oder andere Behältnisse öffnet“;[253] dagegen wäre zu sagen, daß der Gesetzgeber mit dem preußischen Vorbild eben auch dessen Lücke übernommen hat. Sodann ein Einwand, den K. Schäfer nicht nennt: Es ist zu beachten, daß der verbrecherische Wille des Diebes größer sein muß, wenn er das Behältnis noch im Innern des Gebäudes aufbricht, wo er jederzeit überrascht werden kann, als wenn er in aller Ruhe dies erst zu Hause tut. Gerade ein Willensstrafrecht dürfte diesen Unterschied in der Stärke des verbrecherischen Willens nicht übersehen. Wir halten jedoch auch diesen Einwand nicht für durchschlagend, weil wir den Grundgedanken des § 242 I Ziff. 2 StGB in der Mißachtung und Überwindung eines doppelten Eigentumsschutzes ohne Rücksicht darauf erblicken, ob der Täter diese Beseitigung des durch

[251] K. Schäfer, a. a. O.

[252] Von einer beabsichtigten Lücke kann bei § 243 StGB I Ziff. 2 jedoch insoferne gesprochen werden, als diese Vorschrift, wie K. Schäfer JW 1937, 3216 mit Recht rügt, „einigermaßen willkürlich“ einige bestimmte Erschwerungsgründe herausgreift. Hier muß — bei Analogiefragen immer schwierig — das argumentum e contrario beachtet werden. Würde man den Grundgedanken so verallgemeinern, daß nur mehr von „Überwindung des Wderstandes“ als Erschwerungsgrund die Rede wäre, so ginge der Zusammenhang mit dem Grundgedanken eines bestimmten Strafgesetzes verloren, da die einzelnen Ziffern des § 243 I StGB einen gesonderten Tatbestand bedingen, was im zweiten Teil unserer Arbeit ausgeführt werden wird. Aus diesen beiden Gründen ist die Entscheidung des SchöffG Lübeck JW 1937, 3216 unrichtig, das (ein häufig abzuurteilender und deshalb hier wenigstens kurz erwähnter Fall) wegen „Diebstahls mittels Erbrechens von Behältnissen“ in entsprechender Anwendung des § 243 Ziff. 2 (warum übrigens nicht Ziff. 4?) verurteilt hat, weil der Dieb ein Fahrrad aus einem Hause gestohlen hat, indem er das Schloß, mit dem es an einen Fahrradständer angeschlossen war, aufgebrochen hat. Mit Recht bemerkt Schäfer dazu, daß das Überwinden irgendeines Widerstandes vor der Wegnahme ein zu stark verallgemeinerter, nicht mehr auf den Einzeltatbestand allein zutreffender Grundgedanke sei.

[253] Zitiert nach Schäfer, JW 1937, 1800 (Anmerkung zu dem in unserer Anmerkung 250 genannten Urteil des LG Ulm).

das Behältnis gebildeten Schutzes mit einer stärkeren oder einer schwächeren verbrecherischen Energie bewerkstelligt; auch der verbrecherische Wille, der durch ein in aller Ruhe vorgenommenes „Erbrechen des Behältnisses" in Erscheinung tritt, hat einen für die Anwendung des § 243 I Ziff. 2 StGB genügenden Unrechtsgehalt.

Diese Beispiele aus der unübersehbaren Fülle der möglichen entsprechenden Tatbestände, die ein Wortlaut wie der des § 243 I Ziff. 2 StGB im Gefolge haben muß, mögen genügen, um die Richtung und die Methode anzuzeigen, mit der die Erschwerungsmerkmale entsprechend gebildet werden können, die sich aus dem Grundgedanken des § 243 I Ziff. 2 StGB bilden lassen, den wir in einem erhöhten Rechtsfrieden für bestimmte Orte und in der Intensität des verbrecherischen Willens in bezug auf die Überwindung dieser bestimmten Hindernisse sehen.

β) § 243 I Ziff. 3 StGB

Bei den Tatbeständen des § 243 I Ziff. 3 StGB sei ein Fall behandelt, in dem das Gesetz den Grundgedanken zum Ausdruck bringt, daß das Mittel der Ausführung ein erschwerendes Tatbestandsmerkmal sein soll; wir meinen den sogenannten Nachschlüsseldiebstahl.

Hier zeigte sich eine besonders peinlich empfundene Lücke des Gesetzes beim sogenannten Automatendiebstahl, d. h. bei der Entwendung einer Sache aus einem Automaten dadurch, daß der Dieb statt der Münze ein Metallstück oder einen Hosenknopf oder etwas ähnliches einwarf; dieser Fall wird durch den neuen Automatenmißbrauchsparagraphen (265a StGB) nicht erfaßt, weil schon der einfache Diebstahl, als welcher sich der sogenannte Automatendiebstahl auf jeden Fall darstellt, mit Gefängnis schlechthin (also bis zu 5 Jahren, § 16 I StGB) bestraft wird, während der Automatenmißbrauch mit Gefängnis nur bis zu 1 Jahr geahndet wird und § 265a StGB nach seinem Wortlaut nur gilt, „soweit nicht die Tat nach anderen Vorschriften (hier mindestens § 242 StGB) mit schwererer Strafe bedroht ist". — So auch Kohlrausch 2 zu § 265a StGB: „Ist diese Leistung (des Automaten) Lieferung einer Ware, so ist die Tat nur[254] Diebstahl." Das Reichsgericht hat in diesem Fall das Vorliegen eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals des § 243 I Ziff. 3 StGB verneint:[255] RG 34, 46 f. „. . . Indes würde man sich der ausdehnenden Interpretation" (gemeint ist wohl „einer verbotenen Analogie") „. . schuldig machen, wollte man auch hier einen ‚Verschluß' oder ein ‚Eröffnen' . . annehmen. Denn nicht ein Eröffnen des verschlossenen Behäl-

[254] Dieses „nur" scheint uns irreführend, da § 242 den schwereren Strafrahmen enthält.

ters (der ja verschlossen bleibt), sondern die zeitweise Hebung einer, den Austritt der dazu bestimmten Öffnung hindernden Sperrung wird bewirkt, indem durch den Einwurf auf den Mechanismus gedrückt wird. Das Schloß des Automaten soll ferner das darin befindliche Gut vor unberechtigtem Zugreifen sichern, der Mechanismus hingegen soll das nicht, sondern er soll den Automaten gewissermaßen zum Verkäufer machen." Weiter sei eine Geldmünze kein Schlüssel.[255]

Bei diesem Schulfall einer entsprechenden Anwendung bedarf es keiner weiteren Ausführungen über den Grundgedanken, zumal das Reichsgericht RG 34, 46, wie erwähnt, sogar nur eine „ausdehnende Interpretation", also nicht einmal eine Analogie für notwendig erachtet. Der Gesetzgeber hat an die durch den technischen Fortschritt gehobene Bedeutung des Automaten nicht gedacht, durch die Beispiele des § 243 I Ziff. 3 StGB jedoch den Grundgedanken zu erkennen gegeben, daß die Benützung von Mitteln, die auf eine Umgehung technischer Schutzvorrichtungen berechnet sind, ein Erschwerungsgrund des Diebstahls sein soll. Wer ein Metallstückchen statt einer Münze zum Holen der Sache aus einem Automaten benützt, handelt unter Beachtung der technischen Entwicklung entsprechend einem Dieb, der mit Nachschlüssel oder ähnlichen Werkzeugen unter Umgehung der technischen Sicherungen alter Art zu der zu stehlenden Sache gelangt.

Auch aus dem Strafrahmen des § 265a — Gefängnis nur bis zu 1 Jahr — könnte gefolgert werden, der Unrechtsgehalt des Automatendiebstahls sei geringer als der des gesetzlichen Tatbestandes des schweren Diebstahls. Diese Folgerung übersähe jedoch den hilfsweisen Charakter des § 265a StGB. Wer nicht nur eine Leistung, sondern — was einen noch größeren Schaden bedeutet — eine Ware unter Mißbrauch des Automaten entwendet, hat auch gegen die Rechtsordnung in höherem Maße verstoßen, als wer nur eine Leistung erschleicht. Der Automatenmißbrauch hat neben dieser Sachentwendung nur noch erschwerende Bedeutung; der Akzent ruht auf der Sachentwendung.

γ) § 243 I Ziff. 4 StGB

Hier hat das Reichsgericht in einigen Entscheidungen eine verschleierte Analogie[256] angewandt: Zerschneiden eines Getreide- oder Zuckersackes ist kein „Abschneiden oder Ablösen",[257] das „Erbrechen einer Zigarrenkiste mit einem Meißel kein Ablösen

---

[255] Diese Entscheidung wurde von den meisten nicht gebilligt. S. Nachweise bei Ebermayer 2 zu § 243 I Ziff. 3 StGB. Anders nur Ertel S. 40.

[256] Dies rügt mit Recht Sternagel-Haase, S. 29: „..bedenklich erscheint es...."

[257] Anders RG 5, 157 ff; 54, 324 ff.

eines Aufbewahrungsmittels,[258] noch weniger Einbrechen in einen Bahnpostwagen durch Ausheben der Türe aus der Laufschiene.[259] Diese Fälle einer verschleierten Analogie soll man künftig unbesorgt als das bezeichnen, als was sie bisher schon behandelt worden sind, nämlich als Analogie.[260]

δ) § 243 I Ziff. 5 StGB

Um die erschwerenden Tatbestandsmerkmale wenigstens kurz zu erwähnen, die wegen ihrer Gefährlichkeit den Strafrahmen erhöhen (§ 243 I Ziff. 5), sei einerseits bemerkt, daß das Merkmal „Waffe" zu Unrecht auf gefährliche Werkzeuge ausgedehnt worden ist,[261] da aus dem Wortlaut des § 223a StGB folgt, daß eine Waffe lediglich eine Unterart des „gefährlichen Werkzeugs" ist (über diese erkennbar beabsichtigte Beschränkung des § 243 StGB auf Waffen kann daher auch mit Hilfe des § 2 nicht hinweggegangen werden, denn der Gesetzgeber wußte den Unterschied zwischen gefährlichem Werkzeug im allgemeinen und Waffe im besonderen schon 1870), andererseits, daß das Merkmal „bei sich führen" gerade wieder unter Heranziehung des „Zweckes"[262] über den Wortlaut hinaus ausgedehnt worden ist („bei sich führen" hat der Gesetzgeber ersichtlich nicht auf den Wortlaut beschränken wollen, sondern nur einen zu engen Ausdruck für jedes gefährliche zur Verfügunghalten einer Waffe gebraucht). RG 55, 18: „Weder Wortlaut (?) noch Sinn und Zweck (!) des Gesetzes rechtfertigen eine so enge Auslegung" (wie sie die Strafkammer und das in der Entscheidung erwähnte Schrifttum vertreten), daß nämlich der Täter die Waffe an seinem Körper tragen müsse. „Der gesetzgeberische Grund (!) für die verstärkte Strafandrohnung liegt in der erhöhten Gefährlichkeit des Täters und der Tat (RG 8, 44). Diese Gefährlichkeit kann (muß nicht), wenn der Täter die Waffe zugriffsbereit in seiner Nähe hat, min-

---

[258] Anders RG 52, 322. [259] Anders RG 53, 277 f.

[260] Sternagel-Haase fordert dies mit Recht (S. 109) unter Aufzählung der genannten Beispiele ausdrücklich.

[261] RG 44, 141 f entscheidet mit ausdrücklichem Hinweis darauf, daß dasselbe für § 243 I Ziffer. 5 gelte („. . auch in solchen Fällen", S. 142) zu § 19 Nr. 2 des Gesetzes vom 19. 4. 1908 über das Tatbestandsmerkmal „bewaffnet erscheinen": „Im vorliegenden Fall hatte der Angeklagte die Schraubenmutter nebst dem dazugehörigen Riemenwerke zur Begehung vorsätzlicher Körperverletzungen bestimmt." Man müsse unter „Waffe einen Gegenstand verstehen, der entweder schon bei seiner Anfertigung von vornherein oder nach dem Willen des Täters im Einzelfalle(?) dazu bestimmt ist, . . . Verletzungen zuzufügen."

[262] Dieser Mangel des Gesetzes hat das RG dazu verführt, in einer Weise das Gesetz „anzuwenden", die geradezu wörtlich für eine entsprechende Anwendung verwendet werden kann, zumal das RG (s. die im Text genannte RG 55, 18) ausdrücklich „vom gesetzgeberischen Grund" und vom „Zweck des Gesetzes" spricht.

destens (warum mindestens?) ebenso groß sein, wie wenn er sie an seinem Leibe trägt." Auch der Sprachgebrauch mache, so meint das Reichsgericht, „insoweit keinen Unterschied".

II. Unterschlagung

§ 246 StGB bestraft den wegen Unterschlagung, der „eine fremde bewegliche Sache, die er im Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet".

Die Unterschlagung ist jünger als der Diebstahl und gleichsam sein Ableger. Im alten deutschen Recht unterschied man anschaulich zwischen diebischem Nehmen und diebischem Behalten. Der Unterschied liegt auch heute noch im Nehmen und im Behalten, während die übrigen Tatbestandsmerkmale der Unterschlagung mit denen des Diebstahls gleich sind, insbesondere richten sich beide Delikte gegen fremdes Eigentum.[263]

Die Wendung „die er im Besitz oder Gewahrsam hat" gibt zu einer Reihe von Fragen Anlaß, sie hat insbesondere wegen ihrer mißglückten Formulierung eine Lücke im Gesetz gelassen, die der Rechtsprechung von jeher Schwierigkeiten bereitet hat und die für unser Problem interessiert; sie wird sichtbar bei der sogenannten Fundunterschlagung[264] (besser Fundaneignung[265]); es handelt sich hier um Fälle wie den folgenden:

1. Variante: Eine Studentin findet auf dem Weg zur Universität ein Armband, dessen Wert sie, schon bevor sie es aufhebt, erkennt. Sie überlegt, bevor sie es aufhebt, ob sie es am Fundbüro abliefern soll, entschließt sich aber, dies nicht zu tun, und hebt das Armband auf. Kurz darauf trifft sie in der Vorlesung ihre Kollegin, der, wie sich herausstellt, das Armband gehört, und gibt es ihr ohne Zögern; sie sei froh, so schnell die Eigentümerin des Armbands gefunden zu haben.

2. Variante: Die Studentin findet das Armband und hebt es zunächst aus Neugier auf und um zu sehen, ob es ihr paßt. Auf dem Weg zur Universität überlegt sie, ob sie das Armband pflichtgemäß abliefern soll, kommt aber schließlich zu dem Vorsatz, dies nicht zu tun und läßt es daher beim Goldschmied auf dem

---

263 RG 49, 198 „Die Unterschlagung verletzt ausschließlich das Aneignungsrecht"; „nur der Eigentümer der unterschlagenen Sache ist der Verletzte."

264 Da es sich um eine Lücke zwischen Diebstahl und Unterschlagung handelt, hätte man daran denken können, nach dem Vorbild des schweizerischen codice penale per il cantone de ticino von 1873 (Nachweis bei Micelli, S. 12 Anm. 3) ein delictum sui generis aufzustellen. Harburger schlägt etwas Ähnliches vor (S. 375).

265 Diesen Ausdruck haben wir, da er mir das Wesen des Problems am besten zu treffen scheint, von Krebs, S. 75 übernommen, der ihn wohl von Harburger, S. 343 ff hat.

Weg zur Universität enger machen. Am nächsten Tag trifft sie ihre Freundin und gibt ihr mit der gleichen Bemerkung das Armband zurück.[266]

Die Rechtsprechung[267] hat bisher in wortgetreuer Auslegung des § 246 StGB die beiden Varianten dieses Falles folgendermaßen entschieden: Bei der 1. Variante folgt die Zueignungshandlung der Gewahrsamserlangung nicht nach, da sie gleichzeitig mit ihr (Ansichnehmen des Armbandes) betätigt wurde. RG 53, 303 sagt: „Bei der Unterschlagung kann die Aneignung . . erst erfolgen, nachdem der Täter Besitz oder Gewahrsam der Sache bereits erlangt hatte." Auch wenn er schon bei Besitz- oder Gewahrsamserlangung eine unredliche Absicht gehabt habe, sei wesentlich nur, „daß er die Absicht nicht auch zugleich (mit der Gewahrsamserlangung), sondern erst später, als er die Sache schon in Händen hatte, durch eine Aneignungshandlung b e t ä t i g t hat". — Bei der 2. Variante würde, da die Finderin das Armband enger hat machen lassen, eine Aneignungshandlung n a c h der Gewahrsamserlangung betätigt worden sein, also wegen Unterschlagung zu bestrafen sein.

Diese verschiedene Behandlung der genannten Varianten des gleichen Falles befriedigt nicht. Die Finderin hat gleich strafwürdig gehandelt, ob sie den Aneignungsentschluß nach der Gewahrsamserlangung oder gleichzeitig mit ihr betätigte.

Daher hat das Reichsgericht später auch Versuche gemacht, eine andere Konstruktion für diesen Fall zu finden: RG 49, 198 sagt: „Indes nimmt die Rechtsprechung (Beispiel?) an, daß es darauf, w a n n der Täter den Besitz erlangt . . hat, nicht ankomme, daß es vielmehr nur entscheidend sei, daß die Besitzerlangung n i c h t durch Entziehung des Gegenstandes aus dem Gewahrsam eines anderen erfolgt sei." Diese Entscheidung widerspricht dem

---

[266] Schneidet jemand einem schon einige Zeit Begrabenen den Ring vom Finger, so liegt, das wäre auf K r e b s, S. 81 zu erwidern, nicht schon ohne weiteres ein der Fundaneignung ähnliche strafwürdige Zueignung vor; es müßte erst geklärt werden, ob der Ring noch eine fremde Sache oder nicht schon herrenlos war.

[267] Für die richtige Ansicht dieser älteren Entscheidung die meisten Schriftsteller; s. F r a n k II 3 zu § 246 StGB und die dort Genannten: „. . Es kann in der Erlangung des Gewahrsams für sich allein weder Unterschlagung noch Unterschlagungsversuch liegen, namentlich auch dann nicht . ., wenn der Täter bereits im Augenblicke des Besitzerwerbs . . den Zueignungswillen hatte." Vielmehr lasse sich erst das nachträgliche Verhalten des Täters u. U. als „eine, den Unterschlagungsbegriff erfüllende Zueignung betrachten." Richtig daher K i t z i n g e r, S. 10 Nr. 7 „die Aufgreifung einer verlorenen Sache mit dem Willen, sie für sich zu behalten, ist weder Diebstahl noch Unterschlagung." — H a r b u r g e r (S. 343—345) bringt leider keine Stellungnahme, sondern deutet nur die beiden Lösungsmöglichkeiten an; beachtlich sind die Mitteilungen über die Stellungnahme ausländischer Strafgesetze (S. 360—362).

Gesetzeswortlaut, der hier jedoch ersichtlich ungeschickt[268] ohne Überlegung des Falles[269] gewählt wurde, in dem die Gewahrsamserlangung mit der Zueignungshandlung zusammenfällt. Der Gesetzgeber hat die Zueignungsdelikte in zwei Abteilungen geteilt, bei den einen verletzt der Täter den fremden Gewahrsam, bei den anderen hat er schon Gewahrsam; diese beiden Unterarten schließen aber nicht jede weitere Aneignungsmöglichkeit aus, nämlich den Fall nicht, daß die fremde Sache in niemands Gewahrsam sich befindet. Jedoch ist unschwer zu erkennen, daß, wie Frank[270] hervorhebt, der Gesetzgeber den Gedanken ausdrücken wollte, die unterschlagene Sache dürfe „nicht in fremdem Gewahrsam stehen". Das kommende Strafgesetz wird diese Ungeschicklichkeit verbessern.[271]

Der Grundgedanke, der dieser Wendung immerhin zu entnehmen ist, ist der, daß nicht nur der Diebstahl durch Wegnehmen, sondern auch die ohne Wegnahme rechtswidrig erfolgte Aneignung einer fremden beweglichen Sache bestraft werden soll. Dieser Grundgedanke macht die Bildung eines Tatbestandsmerkmals möglich, das den Worten, „die er in Besitz oder in Gewahrsam hat", entspricht. Wir bestrafen daher die Fundaneignung, bei der die Zueignungshandlung mit der Gewahrsamserlangung zusammenfällt, in entsprechender Anwendung des § 246 StGB.

Ein weiteres Ergebnis unserer Untersuchung sei im Anschluß an die Fundaneignung angeführt: Der Gesetzgeber hätte gut daran getan, dem Gerechtigkeitsstreben des Richters bei der Urteilsfindung noch weiter entgegenzukommen und ihm auch die Verwendung der Grundgedanken zu erlauben, die er im Einzeltatbestand nicht mehr, sondern nur mehr in einer Gruppe von Tatbeständen, hier der Aneignungsdelikte, vorfindet. Die Fundaneignung wäre noch schlüssiger aus einer solchen Rechtsanalogie als strafbar zu erklären, wenn es dem Richter möglich gemacht würde, zu sagen, aus § 242 StGB („in der Absicht .. dieselbe sich .. zuzueignen"), § 246 StGB („sich .. zueignet") und aus § 292 I StGB („sich zueignet") ergebe sich, daß der Gesetzgeber (soweit er nicht wie bei der Erpressung oder beim sogenannten Mundraub schärfere oder mildere Strafen angewandt wissen will) alle Fälle einer Zueignung fremder beweglicher Sachen (mit Gefängnis wenigstens bis zu 3 Jahren) bestrafen will; wo er eine Zueignung nicht strafen will, sage er dies eigens, wie z. B. bei Diebstahl oder Unterschlagung unter Ehegatten (§ 247 II StGB). Diese

---

[268] Darüber, daß hier nur die zweckwidrige Fassung, nicht sachliche Bedenken die Fundaneignung zum Problem gemacht hat, ist man sich einig. Vgl. aus dem älteren Schrifttum die Nachweise bei Krebs, S. 75 (Frank, Meyer-Allfeld, Binding, Liszt, Merkl, Hells ..u. a.)

[269] RG 19, 39 betont ausdrücklich, daß sich auch aus den Motiven in dieser Frage „Klarheit nicht gewinnen" läßt. [270] Frank II 3 zu § 246 StGB.

[271] S. z. B. Kohlrausch, Handwörterb., S. 749.

Erweiterung der richterlichen Freiheit in der Richtung zur Rechtsanalogie (wenigstens unter Verwendung von solchen Vorschriften, die das gleiche Rechtsgut schützen) wäre immer noch eine den Gesetzgeber genügend achtende Bindung an das Gesetz und an dessen Grundgedanken geblieben.

III. HEHLEREI

1. Der gesetzliche Tatbestand der Hehlerei und sein Grundgedanke

Das Strafgesetzbuch nennt im 21. Abschnitt eine Reihe von Vermögensdelikten, die sich in einer der Rechtsordnung widerstrebenden Weise auf ein bereits begangenes Delikt beziehen. Von diesen eignet sich für unsere Betrachtung am besten die Hehlerei, § 259 StGB:

> Wer seines Vorteils wegen Sachen, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt oder zu deren Absatze bei anderen mitwirkt, wird als Hehler mit Gefängnis bestraft.

Erst neuerdings hat man sich anläßlich des § 2 StGB mit der Frage gemüht, was denn eigentlich der Grundgedanke der Hehlerei ist; zum Glück hat die anerkannt mißratene Fassung[272] dieser Vorschrift schon vor Jahrzehnten eine Erforschung und Beschreibung des Hehlereitatbestandes erfordert; dabei ist auch der Grundgedanke des § 259 StGB herausgearbeitet worden.

Der Grundgedanke der Hehlerei ist der, daß die Handlungen bestraft werden sollen, durch die die Beseitigung des durch eine Vortat verursachten rechtswidrigen Vermögenszustandes erschwert wird, die vielmehr den rechtswidrigen, durch eine strafbare Handlung erzeugten Vermögensschaden sozusagen perpetuieren;[273] und zwar muß die Vortat eine, wenn auch nur (etwa durch Meineid)[274] mittelbare Schädigung der Vermögenslage be-

---

[272] Das deutet sogar die Plenarentscheidung RG 6, 219 an: „Es wird zuzugeben sein, daß der Wortlaut .. der in der Revision geltend gemachten Auffassung nicht zwingend entgegentritt." Auch Ebermayer 2 zu § 259 spricht ausdrücklich von einer „schlechten Fassung der Vorschrift" und entwickelt eine Ansicht, die „trotz der allgemeinen Fassung" des Gesetzes richtig sei.

[273] So die herrschende Lehre z. B. Ebermayer 1 zu § 259 StGB und RG z. B. 44, 250: „Maßgebend war nach dem Gesetz allein", daß die Hehlerei „den rechtswidrigen Zustand .. aufrecht erhielt". Für die ältere Lehre vgl. Gudewill, S. 18: „Der Partirer sucht einen rechtswidrigen Zustand aufrecht zu erhalten."

[274] Diese Fälle behandelt wie wir und die herrschende Lehre schon RG 4, 442; bes. 6, 221 (Plenum), aus neuerer Zeit für Urkundenfälschung und Betrug 55, 281.

wirkt haben.[275] Außerdem darf sich die Hehlerei nur auf die Sache beziehen, die durch diese Vortat erlangt wurde.[276] Das Mittel zur Aufrechterhaltung dieses rechtswidrigen Zustandes muß entweder Verheimlichen, An-sich-bringen oder Mitwirken zum Absatz sein.[277]

Nachhaltig wird in Rechtsprechung und Rechtslehre betont, daß das W e s e n der Sachhehlerei n i c h t in der Aufrechterhaltung irgendwelcher Beziehungen des Hehlers zur Sache selbst besteht.[278] Wegen dieser engen Fassung des Grundgedankens hat der Gesetzgeber auch vor, im kommenden Strafrecht den Grundgedanken der Hehlerei weiter zu fassen.[279] Der Streit einer entsprechenden Anwendung des § 259 StGB bezog sich daher hauptsächlich auf die Frage der sogenannten Ersatzhehlerei; andere Fälle einer etwaigen entsprechenden Anwendung des § 259 StGB sind dagegen zurückgetreten. Aber gerade an diesem Fall läßt sich das Problem des Grundgedankens eines Tatbestandes darstellen. Daher ist zunächst eine nähere Betrachtung des Problems der Ersatzhehlerei unter dem Gesichtspunkt des § 2 StGB am Platz. Danach werden wir uns nach anderen hehlereiähnlichen Fällen umsehen.

Bei der E r s a t z h e h l e r e i gestaltet sich der Sachverhalt so, daß der Angeklagte nicht die mittels einer strafbaren Handlung erlangte Sache selbst, sondern ihren Ersatz an sich bringt. Eine unmittelbare Anwendung des § 259 StGB wurde in ständiger Rechtsprechung auf diese Fälle mit Recht für unzulässig erklärt:[280]

---

[275] So mit Angabe der gleichlautenden früheren Entscheidungen RG 37, 231: „Wie das Reichsgericht wiederholt ausgesprochen hat, ist der Tatbestand der Hehlerei wegen ihres Charakters als Vermögensdeliktes nur dann gegeben, wenn die Sache, auf die sich die Hehlerei bezieht, mit Verletzung der Vermögensrechte eines anderen erlangt und so durch die strafbare Haupttat eine rechtswidrige Vermögenslage geschaffen ist, die in ihrer Dauer nicht aufrechterhalten und den Ansprüchen des Verletzten gegenüber nicht gesichert werden soll."

[276] S. statt aller Nachweise aus der hier nahezu einigen Lehre und Rechtsprechung E b e r m a y e r 1 zu § 259. [277] Vgl. Anm. 276.

[278] Für alle E b e r m a y e r 3a a. E. zu § 259 StGB; desgl. RG z. B. 33, 122.

[279] K o h l r a u s c h bei G ü r t n e r II, S. 514 teilt mit, daß künftig „zwei verschiedene Tatbestände zu bilden seien, von denen der eine an dem alten Gedanken der Aufrechterhaltung des durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Zustandes zu orientieren sei, der andere aber an dem Gesichtspunkt der Beteiligung an der Verbrechensbeute".

[280] RG 57, 159 f, wo die früheren Entscheidungen gleichen Inhalts angeführt sind. Daß vor dem Inkrafttreten des BGB (RG 25, 402; 29, 155) trotz Verarbeitung der gestohlenen Sache Hehlerei anzunehmen war, interessiert heute nicht mehr, da RG 53, 167 f (vielleicht auf den Angriff K ö h l e r s GS 61, 102 f hin) diesen Standpunkt angesichts des § 950 BGB nicht mehr einnimmt: „Mit der Herstellung der neuen Sache hören die dazu verwendeten Stoffe auf, als selbständige Sachen zu bestehen. Die zufolge der Straftat geschaffene rechtswidrige Vermögenslage kann daher nicht durch das Ansichbringen der neuen Sache.. aufrecht erhalten werden." — Auch die ältere Lehre schloß sich dem RG an. Vgl. G u d e w i l l, S. 39, der von den gelegentlichen Gegnern (dort nachgewiesen) „eine geradezu ungeheuerliche Unsicherheit im rechtlichen Verkehr" fürchtet. — Ebenso wie RG 25, 402; 29, 155, für durch eine strafbare Handlung erst erzeugte Sachen RG GA 49, 117.

„Nach § 259 StGB kann Hehlerei bloß an einer Sache begangen werden, die mittels einer strafbaren Handlung erlangt ist, dagegen nicht mehr an dem Erlös, der aus ihrem Verkauf erzielt wurde .., ebensowenig aber auch an einer neuen Sache, die aus dem Stoff der durch die strafbare Vortat unmittelbar erlangten Sache durch Verarbeitung oder Umbildung derart hergestellt ist, daß der Hersteller gemäß § 950 BGB das Eigentum daran erlangt hat." Es fehle in diesen Fällen an „einem selbst noch mit dem Makel strafbarer Herkunft behafteten Gegenstand und damit zugleich an dem von § 259 StGB vorausgesetzten unmittelbaren inneren Zusammenhang zwischen den durch die Vortat und die Hehlerei begangenen Rechtsverletzungen gegenüber dem auf die Wiedererlangung seines verlorenen Gutes bedachten Eigentümer, sodaß nicht mehr gesagt werden kann, jene werde durch diese nur noch weiter aufrechterhalten und dadurch die Wiederherstellung des früheren rechtmäßigen Zustands der abhanden gekommenen Sache verhindert." Das RG betont im letzten Satzteil den Grundgedanken des § 259 StGB, der in der Erschwerung der Wiederherstellung des früheren rechtmäßigen Zustandes der abhanden gekommenen Sache liege. Das Wesen der Hehlerei ist, wie RG 23, 53 sagt, also darin zu erblicken, „daß die von dem (Haupt-)Täter verursachte Rechtsverletzung durch die nunmehr hinzutretende kausale Tätigkeit des Hehlers in ihrem Fortbestande aufrechterhalten wird." Das ist herrschende Meinung, vom Reichsgericht wiederholt betont und von allen bedeutenden Schriftstellern anerkannt worden.[281]

Die Straflosigkeit dieser sogenannten Ersatzhehlerei wurde im Schrifttum unter der Herrschaft des alten § 2 StGB mit der gleichen Begründung einhellig gebilligt.[282]

2. Unmöglichkeit mit Hilfe dieses Grundgedankens einen der Hehlerei entsprechenden Tatbestand zu bilden

Da diese freisprechenden Urteile aber, besonders in Grenzfällen, wenn der Freigesprochene z. B. statt des gestohlenen Hundertmarkscheines zwei dafür eingewechselte 50-Markscheine an sich gebracht hatte, als peinliche Folge einer mangelhaften Tatbestandsfassung bezeichnet werden[283] mußte, stürzte man sich begierig auf den neuen § 2 StGB, um mit seiner Hilfe diese „Lücke im Gesetz" auszufüllen.

---

[281] Windel (S. 39) stellt hierzu neben vielen Schriftstellern nahezu 1 Dutzend Reichsgerichtsentscheidungen zusammen, auch aus neuerer Zeit, ohne auch nur einen Gegner aufgefunden zu haben.

[282] Siehe statt aller Frank II 3 zu § 259 StGB mit Nachweisen. Desgl. Ebermayer 2b zu § 259 StGB.

283 Vgl. die diesbezüglichen RG-Äußerungen in Anm. 272.

a) bei der sogenannten Ersatzhehlerei

So ergingen von mehreren Untergerichten Entscheidungen, die sämtliche, wenn auch nicht mit gleicher Begründung, die Ersatzhehlerei nach den §§ 2, 259 StGB bestrafen.[284]

Diese Entscheidungen, die im Ergebnis und in der Begründung unrichtig sind, und ihr Echo im Schrifttum haben einmal deutlich offenbar werden lassen, welche Schwierigkeiten es mit der so schön klingenden Wortfolge „nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes" auf sich haben kann.

Das Amtsgericht Strausberg[284] geht mit Recht davon aus, daß „das Wesen der Hehlerei" „in der Aufrechterhaltung einer durch eine strafbare Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage" besteht, und läßt es unklar, wieso dieser Grundgedanke auf den vorgelegten Fall passe, wo der Bestrafte nur das mit dem gestohlenen Geld Gekaufte mitverbraucht hat. K. Schäfer rügt das mit Recht: „Eine Handlungsweise . . , die in dem Mitgenuß dessen besteht, was mit dem gestohlenen Gelde angeschafft worden ist, trägt nicht dazu bei, die Entziehung des gestohlenen Geldes aus der Verfügungsmacht des Bestohlenen festzusetzen und zu verlängern; sie ist nach dieser Richtung ohne Wirkung." Daher konstruiert Schäfer, worauf wir unten zu sprechen kommen, einen anderen Grundgedanken des § 259 StGB.

Das Amtsgericht Braunschweig[284] unterläßt es leider, wenigstens nach dem in der JW mitgeteilten Wortlaut der Urteilsgründe, auf den Grundgedanken des § 259 StGB einzugehen und begnügt sich damit, zu sagen:[285] Der Angeklagte „hat also eine Tat begangen, die nach dem Grundgedanken des § 259 StGB und nach dem gesunden Volksempfinden Strafe verdient . .". Schäfer hat hierzu auf die zum obengenannten Urteil gefertigte Anmerkung verwiesen und seinen dortigen Vorschlag noch weiter ausgebaut. Auch davon werden wir sofort sprechen.

Das Landgericht Chemnitz[284] hat sich die Anmerkung K. Schäfers zu den genannten zwei Urteilen offenbar zu Herzen genommen und mit allgemeinen Wendungen, die in solchen Fällen die Überzeugungskraft der eigenen Urteilsgründe nur mindern, unterstrichen: „Die Moral und das Gewissen sagen jedem Men-

---

[284] AG Strausberg JW 1936, 1229 f mit eingehender kritischer Anmerkung von K. Schäfer.
AG Braunschweig JW 1936, 3014, ebenfalls mit eingehender Anmerkung von K. Schäfer, der besonders das inzwischen erwachsene Schrifttum berücksichtigt.
LG Chemnitz JW 1937, 1167 mit billigender Anmerkung von K. Schäfer.
SchöffG Aachen u. AG Mücheln (nicht München wie Kohlrausch VII, 13 zu § 2 schreibt) JW, 1937, 1802.

[285] Schwarz 2 A zu § 259 StGB geht auf den „Grundgedanken" ebenfalls nicht ein, sondern sagt zur Ersatzhehlerei lakonisch: „Für die Zukunft entfällt diese Einengung des § 259 StGB mit Hilfe des § 2 StGB."

schen, der Gefühl für Recht und Unrecht noch nicht verloren hat, daß derjenige, der gestohlenes Gut, ohne es selbst in die Hand zu nehmen, oder den Erlös aus gestohlenem Gute, obwohl er weiß, daß es gestohlen ist, mitvertut .. ja sinnlos mitverschleudert, in gleicher (nicht bloß in ähnlicher?) Weise unrecht tut wie der, der sie selbst gestohlen hat." „Der Grund für eine Bestrafung", also offenbar der Grundgedanke des § 259 StGB, sei „in der unsittlichen und unmoralischen Teilnahme an dem Erlös der Vortat zu erblikken."

Während das Schöffengericht Aachen[284], wenigstens nach dem Abdruck in der JW, nur sagt, es gehe „im Hinblick auf § 2 StGB" weiter als die „bisherige Rechtsprechung", (gemeint ist wohl nur die Rechtsprechung vor dem neuen § 2 StGB) und nehme „auch Hehlerei insoweit an, als dem Angeklagten die Fahrtauslagen (von dem gestohlenen Geld) bezahlt und ihm die Kleidungsstücke .. gekauft wurden," bringt das Amtsgericht Mücheln[284] zum erstenmal eine neue, wenn auch unrichtige[286] Überlegung bezüglich des Grundgedankens: „Auch § 259 StGB soll ebenso wie die Strafbestimmungen über Diebstahl, Unterschlagung .. dazu dienen, die Volksgemeinschaft und den einzelnen Volksgenossen in ihrem Eigentum zu schützen .. Die Hehlerei wird hauptsächlich (?) deshalb bestraft, weil sie den Vortäter in besonderem Maße anreizt, weitere strafbare Handlungen gegen das Eigentum zu begehen, wenn er weiß, daß er das gestohlene Gut verwerten kann. Dieser Grundgedanke trifft aber zu .. auch dann, wenn ein Dritter Sachen annimmt, die mit gestohlenem Gelde gekauft werden."

Nach diesen Urteilen sei auf den Vorschlag K. Schäfers[284] eingegangen, der einer der wenigen Schriftsteller ist, die den Grundgedanken des § 259 StGB überhaupt näher ins Auge fassen.[287]

Da mit dem Grundgedanken, den die bisher herrschende Meinung, so schreibt er, dem § 259 StGB entnommen habe, die vorliegenden Fälle auch nicht mit entsprechender Anwendung bestraft werden könnten,[288] dürfe man, so fährt er nunmehr willkürlich konstruierend fort, „das Wesen der Hehlerei eben nicht mehr ausschließlich in der Perpetuierung des rechtswidrigen Erfolges

[286] Unrichtig ist diese Darlegung deshalb, weil sie den rechtspolitischen Hintergrund, noch dazu den mehrerer Gesetze, nämlich des ganzen 21. Abschnittes, dem Grundgedanken gleichsetzt. — Auch Kohlrausch ist mit Recht gegen diese neue Ansicht, die gerade „gegen die Ausdehnung des § 259 StGB auf Ersatzhehlerei" spreche. „Der Dieb wird angereizt durch das Bewußtsein, echte Hehler zu finden, die ihm das Gestohlene abnehmen" (VII, 13 zu § 2 StGB und 4 zu § 259 StGB.)

[287] Hubernagel, DJZ 1935, 1206 wäre hier noch zu nennen, der, allerdings unrichtig, folgert, § 2 StGB helfe „bei dinglicher Surrogation und bei Verarbeitung eines Gegenstandes", da in beiden Fällen „noch eine enge Beziehung zu dem früheren Stück vorhanden" sei und der Schwerpunkt (Grundgedanke?) „in der Fortsetzung des strafrechtlichen Erfolges" liege.

[288] So auch Fahmüller, S. 18.

der Vortat .. sehen," sondern müsse sich „jener Minderheit anschließen, die bisher schon den Grund für die Bestrafung der Hehlerei in der Teilnahme an dem Erfolg der Vortat erblickte." [289] Dann falle es nicht schwer, „die Voraussetzungen des § 2 StGB in Fällen der vorliegenden Art als gegeben anzusehen." Diesem Vorschlag, unsere und die herrschende Meinung nur deshalb zu ändern, damit man zu dem gewünschten Ergebnis kommt[290], können wir nicht folgen.

Es ist geradezu falsch, den Grundgedanken eines alten Gesetzes mit den Motiven eines neuen, noch dazu im Wortlaut des gerade im kritischen Punkt ergänzten Entwurfes zu beleuchten: Es lasse sich, schreibt Schäfer,[291] so die von der Strafrechtskommission vorgeschlagene Verbesserung: „Wie ein Hehler wird bestraft, wer .. aus einer vorsätzlich begangenen strafbaren Verletzung fremden Vermögens Vorteil zieht", „schon auf dem Boden des geltenden (?) Rechts verwirklichen." Gerade aus der Notwendigkeit eines neu formulierten und im kritischen Punkt ergänzten[292] Gesetzes, das den von K. Schäfer gewünschten Grundgedanken unzweifelhaft enthält, ergibt sich, daß dieser im noch geltenden Gesetze auch nach Ansicht des Gesetzgebers nicht enthalten ist; warum sinnt man, so müssen wir Schäfer fragen, auf eine neue Formulierung, wenn doch schon mit Hilfe des durch § 2 StGB erweiterten Hehlereitatbestandes eine Bestrafung der Ersatzhehlerei möglich ist? Weiter fehlt es bei dem Vorschlag Schäfers an einer Bemerkung darüber, welches das geschützte Rechtsgut der Bestrafung einer Ersatzhehlerei sein soll.[293] Schäfer hat dem § 259 StGB den Grundgedanken unterschoben, daß niemand aus einer strafbaren Handlung Nutzen ziehen darf, während es sich nur darum handelt, wie Schäfer selbst die Gegenmeinung formuliert,[294] „eine Festigung, Vertiefung und Verlängerung der durch die Vortat geschaffenen widerrechtlichen Vermögenslage" zu bestrafen. Schäfer stellt auf den Vermögensvorteil ab, der nicht mit dem Nachteil auf Seite des durch die Haupttat Geschädigten identisch

[289] Das RG gehört hier zur herrschenden Meinung. In RG 56, 61 sagt es z. B.: „Die Aufrechterhaltung und Verschärfung des rechtswidrigen Eingriffs in fremdes Vermögen .. ist es, die der Gesetzgeber durch die Bestrafung (der Hehlerei) verhüten wollte."

[290] JW 1936, 3015. Hier wird unter Bezugnahme auf JW 1936, 1230 diese dort veröffentlichte Meinung weiter ausgeführt.

[291] JW 1936, 3014 f.

[292] „Wie ein Hehler wird bestraft, wer in der Absicht, sich oder einen anderen unberechtigt zu bereichern, wissentlich aus einer vorsätzlich begangenen strafbaren Verletzung fremden Vermögens Vorteil zieht." (Gürtner II, 515).

[293] Kohlrausch, Handb., S. 749, bringt dieses Problem, allerdings ohne Schäfer ausdrücklich zu nennen. Er meint, ein Willensrecht brauche aus dieser Akzentverschiebung keine Bedenken herzuleiten. Dieses Hervorheben der Täterpersönlichkeit, das auf ein etwa verletztes Rechtsgut nicht mehr sieht, geht uns zu weit.

[294] JW 1936, 1230; ähnlich das RG z. B. 56, 61, wie in Anm. 289 angeführt.

zu sein braucht, während der Gesetzesgrundgedanke von der Haupttat ausgeht und deren Perpetuierung bestraft.[295] Endlich wäre Schäfer entgegenzuhalten, daß seine Auslegung des § 259 StGB ins Uferlose führt.[296] Soll etwa auch der Arzt bestraft werden, der den Einbrecher behandelt, und auch der Anwalt, der ihn verteidigt, wenn sie wissen, daß sie von dem Erlös der Beute honoriert werden?[297]

Es handelt sich bei der Hehlerei und bei der sogenannten Ersatzhehlerei um zwei grundsätzlich verschiedene Delikte;[298] der Hehler hat nur mit Sachen zu tun, die durch eine strafbare Handlung erlangt sind, beim Ersatzhehler ist Angriffsobjekt die Vermögensordnung als Ganzes.[299] Er ist ein Schmarotzer;[300] seine Tat gehört daher in die Teilnahmelehre.[300]

b) bei anderen hehlerähnlichen Fällen

Nachdem wir gesehen haben, daß sich die meistbeklagte „Lücke" des § 259 StGB mit § 2 StGB nicht schließen läßt, wollen wir entsprechend unserem Vorhaben noch einige andere Tatbestandsmerkmale des § 259 StGB auf ihre Eignung, sie zu einem entsprechenden Tatbestandsmerkmal zu erweitern, untersuchen.

---

[295] Sternagel-Haase bringt die beiden Meinungen, ohne sich zu entscheiden, S. 111 f; unserer Meinung ist Allfeld, GS 107, 313 f. „Es ist nicht zu bestreiten, daß auch der Strafe verdient, der in Kenntnis der Herkunft eines mit gestohlenem Gelde gekauften Gegenstandes .. eine solche Ersatzsache an sich bringt. Aber hier ist ein ganz anderer Gesichtspunkt maßgebend als bei der Sachhehlerei .. Es wird Aufgabe des künftigen Strafgesetzbuchs sein .., diesen Gedanken zu verwerten." — Becker, GS 106, 440 hatte, ohne das Problem zu sehen, einfach behauptet: .. „Für den strafbaren, außerordentlich in Erscheinung getretenen Willen des Hehlers (auch für den Grundgedanken der Hehlerei?) ist es gleichgültig, ob er den vom Dieb gestohlenen 100-Markschein oder die eingewechselten kleineren Geldmünzen erhält".

[296] Das hebt Sternagel-Haase, S. 112 f hervor; dazu wäre vielleicht noch RG 23, 53 f zu nennen gewesen, wo diese Gefahr schon angedeutet wird.

[297] Nach dem dänischen Strafgesetzbuch sind, wie Fahmüller, S. 12 berichtet, solche Fälle Hehlerei.

[298] Sehr klar und eingehend setzt diesen Unterschied Kohlrausch (Festschrift f. Schlegelberger) S. 214 f auseinander:" im Willen und der Persönlichkeit" liege der Unterschied; wie es den kupplerischen Zuhälter gebe und den ausbeuterischen, gebe es auch Hehler, die durch ihre Abnahmebereitschaft Diebstähle erst ermöglichen, und solche, die sich daraus bloß bereichern; die letzteren seien reine Tätertypen und gehörten gar nicht in den Abschnitt „Vermögensverbrechen". Nach dem geltenden Recht sei auch mit § 2 StGB hier nicht zu strafen.

[299] Das führt richtig Fahmüller, S. 19 f aus, ohne jedoch auf die Frage einzugehen, ob der Grundgedanke des § 259 StGB neuerdings, wie Schäfer wünscht, erweitert werden soll.

[300] So Kohlrausch bei Gürtner II, 502.

α) „mittels einer strafbaren Handlung"

„Mittels einer strafbaren Handlung" müssen die Sachen, die gehehlt werden sollen, erlangt sein. Daraus wurde richtig gefolgert, daß Strafausschließungsgründe in der Person des Haupttäters die Hehlerei nicht straflos machen, weil die Handlung selbst dennoch strafbar bleibt,[301] daß aber eine bloße Disziplinwidrigkeit oder Polizeiverordnungswidrigkeit des Vortäters[302] nicht genügt. Eine Erweiterung dieses Tatbestandsmerkmals ist daher nicht am Platze, da die Wendung „strafbare Handlung" erkennbar disziplinwidrige oder nur polizeiwidrige Handlungen ausschließen will.

Aber noch nach einer anderen Richtung, die wiederholt erörtert wurde und sogar die Vereinigten Strafsenate beschäftigt hat,[303] ist die Bildung eines diesem Merkmal entsprechenden Tatbestandsmerkmals nicht veranlaßt; das Wort „mittels" einer strafbaren Handlung hat nämlich zu der Auffassung verführt, eine Hehlerei liege auch vor, wenn jemand erbettelte, aber rechtswirksam erlangte Sachen an sich bringt. Die Vereinigten Strafsenate haben in feiner Unterscheidung der Begriffe den Grundgedanken des § 259 StGB in bezug auf dieses Tatbestandsmerkmal herausgearbeitet:[304] . . „Unvereinbar ist mit der für den Tatbestand der Hehlerei gebotenen Voraussetzung des Ansichbringens einer nach ihrem Erwerb vitiösen Sache, wenn eine rechtswidrig erlangte Innehabung (darauf kommt es an!) seitens des Haupttäters überhaupt nicht vorgelegen hat." Die durch strafbare Handlung erlangte Sache müsse immer auch in strafrechtswidriger Weise in die Gewalt des Haupttäters gelangt sein. Die Strafbarkeit des Bettelns beziehe sich nur auf das Bitten um Almosen, für die Strafbarkeit der Annahme der Gabe sei kein Anhalt im Gesetz vorhanden. Die Handlung des Gebers sei vielmehr erlaubt und ethisch zu billigen. Diese Entscheidung ist nicht in Anlehnung an den Wortlaut, der hier unklar sei und der (anderen) Auffassung der Revision nicht zwingend entgegentrete, entstanden, sondern in geradezu moderner Weise dem Grundgedanken des Gesetzes entnommen und kann wörtlich auch zur Begründung einer Ablehnung des Versuchs, § 2 StGB hier anzuwenden, wiederholt werden. Dazu kommt, was Frank[305] zutreffend betont, daß es ein unerträglicher Widerspruch in der Rechtsprechung wäre, wenn eine rechts-

---

[301] So RG 22, 100 f: „Der Umstand, daß die Frau B (als Haupttäterin) wegen . . Diebstahls infolge des besonderen Strafausschließungsgrundes des § 247 StGB nicht bestraft werden kann, steht . . nicht entgegen, . . den Hehler . . zu bestrafen.

[302] RG 37, 232: Der Ankauf verbotswidrig gefangener Singvögel ist keine Hehlerei: „Dadurch, das im öffentlichen Interesse ihr Töten und Einfangen verboten wird, gewinnt der Staat irgendwelche Vermögensrechte an ihnen nicht", daher „wurden . . Vermögensrechte Dritter . . nicht verletzt."

[303] RG 6, 218 ff, bes. S. 220.

[304] Vgl. RG a. a. O. [305] S. für alle Frank II 3 zu § 259 StGB.

wirksame unanfechtbare Verfügung (des Gebers) über das Eigentum (Almosen) „als solche Gegenstand eines strafrechtlichen Einschreitens" sein könnte.[306]

β) „verheimlicht", „ankauft", „zum Pfande nimmt" und „zu deren Absatz bei anderen mitwirkt"

Die Tatbestandsmerkmale „verheimlichen", „ankaufen", „zum Pfande nehmen" und „zu deren Absatz bei anderen mitwirken" kommen für eine Bildung entsprechender Tatbestände deshalb nicht in Frage, weil die sich über sie ergebenden Zweifelsfragen vom Reichsgericht alle schon in richtiger Wortauslegung zuungunsten des Täters so entschieden worden sind, so daß der ganze Unrechtsgehalt der Tat erfaßt werden kann.[307] Eine etwa erforderliche weitere Ausdehnung des § 259 StGB mit Hilfe des § 2 StGB müßte durch entsprechende Erweiterung des Merkmals „Ansichbringen" versucht werden.

γ) „oder sonst an sich bringt"

Endlich könnte man, wie soben erwähnt, an eine entsprechende Anwendung des allgemeineren Merkmals „oder sonst an

---

[306] RA Fahmüller-München scheint in seiner Erlanger Diss. „Hehlerei an Ersatzachen" (1936) diese Unterscheidung der angeführten Plenarentscheidung RG 6, 128 ff zu übersehen; er hält Hehlerei an erbetteltem Geld grundsätzlich für möglich (S. 19).

[307] 1. Bei „verheimlicht" hat man gestritten, ob verheimlichen eine Unterart von „an sich bringen" ist oder eine eigens geregelte Verwirklichung der Hehlerei. Das RG hat in sorgfältiger Begründung (RG 33, 122 f), auf die sich spätere Entscheidungen (RG 54, 281) stützen, das Letztere angenommen und unter Würdigung der Motive und Geschichte dieser Vorschrift entschieden, daß das „Verheimlichen" ein selbständiges Tatbestandserfordernis, nicht etwa ein Beispiel „des allgemeineren Begriffs" des Ansichbringens darstellt (S. 123). Daher ist schon strafbar, wer, ohne an sich gebracht zu haben, verheimlicht.

2. Vgl. RG 57, 74: „Hehlerischer Erwerb durch Ankaufen, eine Unterart des Ansichbringens, setzt wie dieses eine im Einverständnis mit dem bisherigen Inhaber erfolgte Erlangung der Sache zu eigener Verfügung voraus." Vgl. über das „Ansichbringen" nicht zu eigener Verfügung den nächsten Absatz im Text.

3. Das „zum Pfande Nehmen" hat keine Streite ausgelöst. Vgl. Ebermayer 3bß zu § 259 StGB.

4. Beim „Mitwirken zum Absatz" erstand die Streitfrage, ob der Absatz schon erfolgt sein muß, um das Mitwirken daran strafbar erscheinen zu lassen. Das RG verneint dies unter Widerspruch im Schrifttum (z. B. Ebermayer 3 c zu § 259 StGB mit Nachweisen) z. B. in RG 56, 192: „Es ist.. daran festzuhalten, daß eine Mitwirkung zum Absatz auch dann gegeben ist, wenn die erstrebte wirtschaftliche Verwertung der Sache mißlungen ist." Der Wortlaut steht dieser Auffassung nicht entgegen; die Gerechtigkeit gebietet eine Bestrafung dieser Fälle.

sich bringt" denken. Für dieses Merkmal forderte das Reichsgericht vor dem neuen § 2 StGB unmittelbare Erlangung der Sache mit dem Willen ihres bisherigen Inhabers.[308]

Diese Voraussetzung ist richtig und legt eine entsprechende Anwendung des § 303 StGB nahe. Diese ist grundsätzlich möglich, da durch den Mitgenuß der gehehlten Sache die Vermögensbeschädigung des Bestohlenen oder sonst am Vermögen Verletzten vertieft wird und der Gesetzgeber diesen Fall eines strafwürdigen, tatsächlichen Ansichbringens ohne eigene Verfügungsgewalt übersehen, jedenfalls nicht klar zum Ausdruck gebracht hat. Nicht strafbar bleibt aber der Mitgenuß von Ersatzsachen; für diese gilt auch insofern das oben Gesagte. — Jedoch wäre beim Mitgenuß gehehlter Sachen vor der Anwendung des § 2 StGB zu prüfen, ob nicht der gesetzliche Tatbestand der Sachbeschädigung erfüllt ist;[309] das Reichsgericht[310] hat diese Prüfung nicht vorgenommen und daher rechtsirrtümlich §§ 2, 259 StGB statt § 303 StGB für anwendbar gehalten.

Anhangsweise darf noch vor dem vom Reichsgericht unternommenen[310] und von Schäfer natürlich freudig aufgegriffenen[311] Versuch gewarnt werden, mehrere Grundgedanken der Hehlerei zu konstruieren, wovon einer die oben abgelehnte „Beteiligungstheorie"[311] zum Inhalt haben soll. Das Gesetz (§ 2 StGB) spricht immer nur von dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und verbietet es damit, noch einen zweiten einem Strafgesetz zugrunde liegenden Gedanken für eine entsprechende Anwendung heranzuziehen. Die daraus auch neuerdings und trotz des § 2 StGB sich ergebenden ungerechten Freisprechungen mag man dem Gesetzgeber, nicht dem Richter vorhalten.

IV. BETRUG

§ 263 I StGB bestimmt:

„Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird wegen Betrugs .. bestraft. .."

Dieser Tatbestand hat, da auf ihn als ein Bereicherungsdelikt und Delikt, das das Vermögen im ganzen schützt,

---

[308] So z. B. RG 55, 282.

[309] Vgl. für alle Frank IV 2 zu § 259 StGB: „Im übrigen ist in dem Mitgeniessen Sachbeschädigung zu sehen."

[310] Das RG entschied ebenso; RG JW 1937, 3083 f: „Wer gestohlene Gegenstände mitverzehrt, .. macht es .. dem rechtmäßigen Eigentümer .. unmöglich, sie wiederzuerlangen."

[311] In der Anm. JW 1937, 3299 f zu dem genannten Urteil.

die wirtschaftliche Entwicklung besonders starken Einfluß gewinnen mußte, zu einer Reihe grundsätzlicher Streitfragen Anlaß gegeben. Unter dem Gesichtspunkt des § 2 StGB sind folgende Untersuchungen von Bedeutung:

1. Brauchbarkeit und Unentbehrlichkeit des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals der Vermögensbeschädigung

a) Brauchbarkeit

Das Tatbestandsmerkmal „Vermögensbeschädigung" hat sich als brauchbar erwiesen;[312] das kommt daher, daß es als ein mit einem Wert zu erfüllendes Tatbestandsmerkmal der Wandlung seines Inhaltes, ohne seinen Namen ändern zu müssen, folgen kann; es hat außerdem schon früh eine glückliche, inhaltlich gleichfalls nicht starre Definition gefunden: die Vereinigten Strafsenate haben 1887 (RG 16, 1 ff.) die noch heute anerkannte Klarstellung getroffen und sich für die sogenannte objektive Theorie entschieden:[313] Vermögen ist „die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen einer Person, sowohl der aktiven als auch der passiven, als ein Ganzes gedacht" (S. 3).[314] Nur in der Verminderung des Gesamtwertes des Vermögens[315] — „etwas von einem Delikte gegen fremdes Eigentum wesentlich Verschiedenes" — könne die Vermögensbeschädigung im Sinne des § 263 StGB bestehen.[316] Die Vermögensbeschädigung sei „die dem Getäuschten nachteilige Differenz zwischen dem Geldwerte, welchen dessen

---

[312] Kahn (S. 59) ist auch der Verwendbarkeit des Begriffs „Vermögen" nachgegangen und kommt zu dem Ergebnis, daß seine auch für den Betrug „theoretisch gefundene Definition des Vermögensbegriffes .. den praktischen Erfordernissen entspricht und daher als zutreffend anzusehen ist".

[313] Wie gründlich die Vereinigten Strafsenate diese Frage erwogen haben, ergibt sich aus den Berichten, welche jenem Beschluß zugrunde liegen (abgedr. GS 43, 320—343); darin ist die Rechtsprechung des preußischen Obertribunals zum preußischen Vorläufer des § 263 StGB (S. 327—338), die Gründe für die subjektive und für die objektive Ansicht (S. 338—344 und S. 401—410) eingehendst untersucht.

[314] Kahn untersucht den Begriff des Vermögens in seiner Diss. gründlich. Er versteht darunter mit den dort genau angeführten Vertretern der herrschenden Meinung und ohne Widerspruch zum RG den „Inbegriff der einer Person zustehenden geldwerten, umlauffähigen Güter." (S. 26, 43).

[315] Daß hierher auch die Kundschaft, der entgangene Gewinn, soweit er wahrscheinlich war, und Anwartschaften gehören, legt Kahn mit vielen Nachweisen aus Rechtsprechung und Lehre S. 52—56 dar.

[316] Zur Begründung dieser Ansicht verweisen die Vereinigten Strafsenate auf den gleichlautenden § 241 Preuß. StGB und den Wortlaut des § 263 StGB in Verbindung mit der Entstehungsgeschichte dieser Vorschrift, woraus sich ergebe, daß mit den Worten des Gesetzes eine andere Bedeutung als die diesen Worten in der Rechtsprechung auch sonst zukommende nicht verbunden worden sei.

Vermögen nach und infolge der durch die Täuschung hervorgerufenen Verfügung tatsächlich hatte, und demjenigen Geldwerte, den es gehabt hätte, wenn die Täuschungshandlung nicht vorgekommen wäre" (S. 3). Diese Grundsätze hat das Reichsgericht unverändert beibehalten;[317] das Begrüßenswerte der in RG 16, 1 ff. aufgestellten Grundsätze liegt darin, daß es ausnahmsweise durch eine Auslegung, nicht erst durch eine (verschleierte) Analogie gelungen ist, die Funktion von Gegenständen für den Menschen als Schutzobjekt herauszustellen („die Gesamtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen einer Person", S. 3).

Sodann war in zahlreichen Einzelfällen zu entscheiden, wann der Getäuschte sein Vermögen schon als beschädigt ansehen durfte; „der persönliche Einschlag bei der Schadensfeststellung darf nicht unbeachtet bleiben; nur der reine Liebhaberwert ist nicht zu berücksichtigen", sagt hierzu RG 68, 214 und bezieht sich ausdrücklich auch auf die genannte Plenarentscheidung RG 16, 1 ff. Die Frage, inwieweit jedoch subjektive Elemente bei dieser grundsätzlich objektiv zu ermittelnden Vermögensbeschädigung zu berücksichtigen sind, ist noch nicht vollständig geklärt, auch nicht, wenn man, wie Mezger,[318] einen „im konkreten Fall über dem Denken und Wollen der beteiligten Einzelpersonen stehenden Gesichtspunkt einschaltet" und die konkrete Bewertung „vom Standpunkt der Gemeinschaft, des Volkes aus" vornimmt. — Wichtig ist für uns, zu wissen, daß das Reichsgericht auch heute noch das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung grundsätzlich so auffaßt wie im Jahre 1887.[319] Man könnte zu diesem zweiten Punkt fragen, ob das Reichsgericht nicht auch das Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung, wie etwa das der Zueignung, mit Hilfe einer verschleierten Analogie zu weit ausgelegt und ob diese Fälle künftig nicht besser mit § 2 StGB gelöst würden; man könnte dabei an folgende Fälle denken:

---

[317] S. die Nachweise auch der neuesten Rechtsprechung hierzu Kohlrausch 4 zu § 263 StGB.

[318] Mezger rügt in einem Aufsatz JW 1937, 1289 ff an dem neuesten Urteil zu dieser Frage (I. Strafsenat 22. 12. 36; 1 D 960/36), daß es „in dieser Beziehung volle Klarheit vermissen" lasse. Grundsätzlich sei auch heute noch der Ausgangspunkt des Beschlusses der Vereinigten Strafsenate vom Jahre 1887 .. zutreffend, aber die Verwendung „objektiver" und „subjektiver" Gesichtspunkte bedürfe „weiterer Aufklärung". Diese will Mezger dadurch erreichen, daß er die subjektiven Elemente durch die „‚konkreten' Umstände des einzelnen Falles" ersetzt, was eine „Bewertung .. vom Standpunkt der Gemeinschaft, des Volkes aus" bedeuten soll; nicht nur geldliche Vermögensminderung verbiete § 263 StGB, sondern auch, das sei ein neuer Gesichtspunkt, „sonstige sachwidrige Verschiebungen".

[319] Die Lehre hat sich dem Reichsgericht durchweg angeschlossen. Vgl. Ebermayer VI zu § 263; Frank V zu § 263 StGB; in jüngster Zeit Kohlrausch 4 zu § 263 StGB. In Anm. 14 zu § 2 StGB hingegen bezeichnet Kohlrausch den Begriff des Vermögens, wie ihn die Plenarentscheidung RG 16, 1 festgesetzt hat, als „einer Überprüfung" bedürftig und als „sehr diskutabel".

Vermögensbeschädigung liegt nach der Rechtsprechung des Reichsgerichtes schon vor, wenn dem Getäuschten ein Gewinn entgeht, „vorausgesetzt daß auf ihn Rechtsanspruch bestand oder daß er (vgl. § 252 BGB) ohne die Täuschung wahrscheinlich eingetreten wäre".[320] Auch eine bloße Gefährdung von Wirtschaftsgütern kann nach reichsgerichtlicher Rechtsprechung schon eine Vermögensbeschädigung darstellen, weil sie die Gesamtheit der wirtschaftlichen Beziehungen zuungunsten des Getäuschten verändert.[321] Dennoch wäre der Vorwurf einer verschleierten Analogie fehl am Platze; denn das Merkmal der Vermögensbeschädigung kann gar nicht anders als unter Würdigung der wirtschaftlichen Interessen der Beteiligten gebildet werden; es stellt die Resultante verschiedener Einflüsse auf das Vermögen des Getäuschten dar und ist, anders als der Zueignungbegriff, nicht künstlich mit wirtschaftlichen Größen und Zwecken in Zusammenhang gebracht. An dem, wie zugegeben wird, sehr weit ausgelegten Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung kann also festgehalten werden. Es bedarf unter diesem Gesichtspunkt keiner entsprechenden Anwendung,[322] da, wie erwähnt, die Beziehung von Gegenständen zum Menschen als das eigentliche Schutzobjekt des § 263 StGB ausnahmsweise schon durch Auslegung berücksichtigt werden kann.

b) Unentbehrlichkeit

Die Bildung entsprechender Tatbestände wurde im Zusammenhang mit dem Merkmal der Vermögensbeschädigung jedoch noch von einer anderen Seite her versucht; der Grundgedanke des Betruges sei, so meinten manche auch hier wieder zu grob urteilende Untergerichte, „das Verbot unrechtmäßiger Bereicherung auf Kosten anderer durch Täuschung".[323] Die in der JW gebrauchte Sperrung des Wortes „Täuschung" in diesem Teil soll be-

---

[320] So RG 64, 182, übrigens wieder unter Berufung auf RG 16, 1 ff.

[321] RG 53, 262: „Die von der Angeklagten .. erschlichene Erteilung des Erbscheins übertrug .. Befugnisse, die gesetzmässig den wirklichen Erben zustanden, auf die Angeklagte; sie bedeutete .. für sich allein schon eine Vermögensschädigung der wirklichen Erben." Der Vermögenswert des Erbscheines beruhe darin, daß er die Vermutung des Erbrechts für den darin Genannten begründe (und zwar mit öffentlichem Glauben) und die aus einer solchen Vermutung sich ergebende Befugnis verleihe, über Erbschaftsgegenstände zu verfügen.

[322] Für das künftige Strafgesetz wird allerdings, wie Dahm bei Gürtner II, S. 461 anregt, „die Strafrechtswissenschaft den Begriff des Vermögens neu durchdenken und nachprüfen müssen, ob nicht auch die Arbeitskraft und andere Werte selbst dann zu schützen sind, wenn sie nicht unter den Inbegriff der wirtschaftlichen, geldwerten Güter fallen." Das Wort „Vermögen" spricht für Dahm; alles, was jemand vermag, sei es Geld oder mit eigener Kraft oder mit aufgespeicherten, mechanischen Energien, fällt darunter.

deuten, daß der Akzent des Betrugs auf der Täuschung liegt, daß es also auf die Vermögensbeschädigung bei der Ermittlung des Grundgedankens des Betrugs nicht anzukommen hat: „Jeder unbefangene (kommt es darauf an?) Volksgenosse wird", so führt ein Gericht[323] weiter aus, „der Ansicht sein, daß Bestrafung verdient, wer Warenbestellungen nur dadurch erzielt, daß er die Besteller belügt, selbst wenn seine Ware an sich nicht schlecht sein mag.. Auch wenn ich mir nachträglich sage, daß ich für mein Geld etwas Preiswertes bekommen habe, fühle ich mich doch geprellt. ." [324] Dagegen wendet sich das Reichsgericht ohne Zögern, indem es den richtigen Satz eines anderen Gerichtes billigt:[325] „Eine Verurteilung wegen Betrugs kam nicht in Betracht, da nicht nachweisbar ist, daß durch das Vorgehen des Angeklagten die .. Verwaltung geschädigt oder eine Anwartschaft .. auf Gewinn .. oder .. Provision zerstört worden ist. Damit entfiel auch eine entsprechende Anwendung .. da der Betrug ein Vermögensdelikt ist und bei Ermangelung eines Vermögensschadens der Grundgedanke dieses Strafgesetzes nicht gegeben ist." [326]

Auch das kommende Strafgesetz wird daran festhalten, daß zum Betrug ein Vermögensschaden gehört.[327] Betrugsähnliche Fälle, bei denen es zu keiner Vermögensbeschädigung kommt, wird es in eigenen Tatbeständen unterbringen.[328] Nach geltendem Recht, wozu auch die durch entsprechende Anwendung erweiterten Tatbestände gehören, sind diese Fälle, soferne sie nicht in der Novelle vom 28. Juni 1935 dem kommenden Strafgesetz vorweggenommen sind,[329] immer noch straflos. Genannt seien folgende Falltypen: Der Schuldner liefert für die geschuldete Sache eine andere gleichwertige;[330] der Angeklagte erschleicht sich durch Täuschung eine zwangsbewirtschaftete Wohnung.[331]

---

[323] SchöffG Annaberg JW 1937, 968.

[324] Bei diesem Fall handelt es sich um den Typus, der gewönhlich unter folgendem Beispiel erörtert wird: Ein Gemäldehändler verkauft einen nur angeblich echten Rubens um einen Preis, der auch für die Kopie nicht zu teuer ist. Hier nimmt die herrschende Lehre mit Recht keinen Betrug an, da das Vermögen nicht beschädigt ist.

[325] RG JW 1937, 942.

[326] Ebenso Sternagel-Haase, S. 94 f, der auch ausdrücklich eine Vermögensbeschädigung fordert.

[327] Vgl Dahm bei Gürtner II, 458 ff, bes. S. 461, wo die Fassung nach der 2. Lesung abgedruckt ist.

[328] Vgl. Dahm bei Gürtner, S. 267 ff.

[329] Zum Beispiel § 265a.

[330] Frank V 4 zu § 263 StGB mit Nachweisen auch der abweichenden Meinung.

[331] Hierzu bemerkt RG 58, 289 zutreffend: Wenn auch „in der ungerechtfertigten Zuweisung" einer besseren Wohnung während der Zwangswirtschaft eine Bereicherung zu erblicken ist, so ist „doch nicht abzusehen, daß das Vermögen irgend jemandes durch die erschlichene Bevorzugung des Angeklagten eine Einbuße erlitten haben sollte"; die Personen, die vor dem Angeklagten Anwartschaft auf eine Zuteilung hatten, seien „nicht geschädigt",

2. Die übrigen Tatbestandsmerkmale des Betrugs

a) Vorspiegelung von Tatsachen

Die anderen Tatbestandsmerkmale des Betrugs haben zwar auch eine kaum zu übersehende Menge von Streitfragen ausgelöst, aber noch weniger Anlaß zu entsprechenden Anwendungen gegeben.

Die „Vorspiegelung falscher (!)[332] Tatsachen" will erkennbar die Abgabe von Werturteilen nicht mitumfassen. Eine scharfe Grenzziehung zwischen Tatsachenmitteilung und Werturteil ist zwar nicht möglich[333] und auch überflüssig; warum soll es bei der Täuschung gerade auf die Behauptung einer Tatsache ankommen und nicht etwa auch ein erlogenes Werturteil zur Strafbarkeit genügen? Ist aber die Äußerung, die für die vermögensschädigende Täuschung ursächlich wurde, einmal als Werturteil anzusehen, dann hilft auch § 2 StGB nicht mehr zu einer Bestrafung aus § 263 StGB.

b) Ursächlicher Zusammenhang zwischen Täuschungshandlung und Vermögensschädigung

Interessante Fragen haben endlich noch „das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal"[334] des ursächlichen Zusammenhangs zwischen Täuschungshandlung und der schädigenden Vermögensverfügung gebracht. „Eines durch Verschaffung des Darlehens verübten Betrugs ist die Angeklagte nicht schuldig . . , weil die Angabe des falschen Namens . . für die Entschließung des Darlehensgebers nicht ursächlich wurde, dieser also . . darauf . . kein Gewicht legte."[335]

Ein häufig erwähnter Beispielfall ist auch hier der sogenannte Bettlerbetrug. Das Reichsgericht hat hier schon früh die maß-

---

denn ihnen „erwuchs aus der öffentlichrechtlichen Regelung der Verfügung über . . Wohnräume keineswegs ein zu ihrem Vermögen gehörendes Recht auf vorzugsweise Versorgung"; eine bloße Verletzung einer tatsächlichen Möglichkeit stelle noch keine Vermögensbeschädigung dar.

[332] Wegen des sprachlichen Versehens der „falschen Tatsache" werden die Juristen (eigentlich geht es nur den Gesetzgeber an) oft belächelt; diese Glossen haben immer etwas Schulmeisterliches an sich; der Entwurf berichtigt diesen lapsus.

[333] S. Dahm bei Gürtner, S. 460; künftig soll es darauf auch nicht mehr ankommen. Vgl. Anm. 327.

[334] Diese brauchbare Bezeichnung führt RG 47, 152 und 49, 19 an. Daß dieses Tatbestandsmerkmal im gesetzlichen Text vorhanden ist, ergibt sich aus der gedanklichen Zusammengehörigkeit und der sprachlichen Abhängigkeit der einzelnen Satzteile und Wörter des § 263 StGB.

[335] So RG 48, 239.

gebenden Gesichtspunkte herausgestellt.[336] „Zur Annahme des Betrugs genügt die wahrheitswidrige Vorspiegelung nicht, wenn nicht durch dieselbe eine Täuschung beabsichtigtermaßen bewirkt worden ist und diese auf die Willensbestimmung des Schenkenden den entscheidenden Einfluß geübt hat. Es kommt darauf an, ob derjenige, welcher dem Bettler auf dessen Vorgeben hin eine Gabe dargereicht, hierzu sich hat bestimmen lassen, weil er an die Wahrheit des Vorgebens glaubte, .. oder weil er überhaupt aus Mitleid oder Schwäche keinen Bettler ohne Gabe ziehen läßt .. oder .. den Bettler los werden wollte und dergl.“ [337] Auch dieses Tatbestandsmerkmal ermöglicht aber keine entsprechende Anwendung, da ein kausaler Zusammenhang entweder vorliegt oder nicht, etwas in bezug auf die Strafwürdigkeit Entsprechendes aber nicht denkbar ist.

3. Betrugsähnliche Fälle des § 265a StGB

Der Gesetzgeber hat in § 265a I StGB bestimmt:

Wer die Leistung eines Automaten, die Beförderung durch ein Verkehrsmittel oder den Zutritt zu einer Veranstaltung oder einer Einrichtung in der Absicht erschleicht, das Entgelt nicht zu entrichten, wird, soweit die Tat nicht nach anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist, mit Gefängnis bis zu einem Jahre oder mit Geldstrafe bestraft.“

Er scheint die Möglichkeit der Bildung eines dem Betrug entsprechenden Tatbestandes für viele Fälle selbst in Zweifel gezogen zu haben, sonst hätte er nicht ausgerechnet zu den Sachverhalten, in denen die meisten eine entsprechende Anwendung für möglich halten, einen eigenen gesetzlichen Tatbestand geschaffen.[338] Die tatbestandliche Beziehung dieser Fälle zum Betrug ist daher auch für unsere Frage nicht ohne Interesse.[339]

---

[336] RG 6, 360 f.

[337] Mit Recht weist Kitzinger in Durchführung dieses Gedankens, S. 27 Nr. 29 darauf hin, daß der Betrug eine solche Täuschung erfordere, die dem Getäuschten das Schädigende der Vermögensverfügung verschleiert. Daher gebe es nicht nur keinen Bettlerbetrug, sondern überhaupt keinen Betrug durch Herausschwindeln unentgeltlicher, keinen vollberechtigten Gegenanspruch erzeugender und nicht auf Rechtsanspruch beruhender Leistungen, sobald sich der Beschwindelte der Unentgeltlichkeit seiner Leistungen bewußt war; Hans Sachsens fahrender Schüler, der sich von der Bäuerin Nahrung und Kleidung für ihren im Paradies hungernden und frierenden Mann geben läßt, sei daher kein Betrüger. — Kahn erwähnt diese Fälle leider nicht.

[338] Sternagel-Haase, S. 64, will aus diesem Zuviel fordern, daß § 2 StGB nur ein Aushilfsmittel darstellt. Er zitiert die Ansichten für und gegen diese Meinung in Anm. 234. Wir schließen uns den Gegnern an, vermögen allerdings nicht zu erklären, wie der Gesetzgeber zu diesem Pleonasmus kommt.

[339] In der Praxis hat man den § 265a StGB noch sehr behutsam behandelt und sich insbesondere nicht auf eine Beschreibung seiner zum Teil ganz neuen

a) Automatenmißbrauch

Der sogenannte Automatenmißbrauch ist ein Schulbeispiel für eine mögliche entsprechende Anwendung. Man muß es geradezu bedauern, daß der Gesetzgeber hier überflüssigerweise einen eigenen gesetzlichen Tatbestand geschaffen hat.

Wir handeln, um wenigstens an einem Beispiel unsere Gedanken aufzuzeigen, im folgenden von dem bekannt gewordenen Fall des „Münzfernsprecherbetruges".[340] Die Täter hatten anstatt der Münzen breitgeschlagene Metallplättchen in einen vollautomatisch betriebenen Münzfernsprecher geworfen. Dieser Fall eignet sich insofern für unsere Betrachtung ganz besonders, weil die Täter daneben auch an solchen Fernsprechern ihren Schwindel ausgeführt haben, die durch Vermittlung von Telefonbeamten bedient wurden und insofern wegen Betrugs verurteilt wurden, also klargestellt wurde, daß es bei den vollautomatisch betriebenen Münzfernsprechern nur an einem einzigen Tatbestandsmerkmal des Betruges, nämlich an einer Person, die getäuscht werden könnte, fehlt.[341]

Der Grundgedanke des Betrugs, schwindlerische Vermögensbeschädigung in Bereicherungsabsicht, trifft hier zu. Auf das Tatbestandsmerkmal der Täuschung einer Person kommt es bei der Beachtung des Grundgedankens nicht an. Der Schwindel, der durch Benützung des Mechanismus eines Automaten ausgeführt wird, ist dem, der durch die Täuschung eines Menschen ausgeführt werden kann, an Unrechtsgehalt gleich; die für eine entsprechende Anwendung maßgebende Ähnlichkeit besteht in der Ausnützung der Fehlerquelle einerseits des Automaten, andererseits des menschlichen Erkentnnisvermögens.[342]

Tatbestandsmerkmale eingelassen; Schmitz meint in ungenauer und zu weiter Fassung, unter Erschleichen sei „jede Handlung" (also auch der Raub?) zu verstehen, „die darauf abgestellt ist, eine Leistung ohne die geforderte Gegenleistung zu empfangen".

[340] RG 68, 65 ff.

[341] „In diesen Fällen, in denen die Angeklagten von Selbstanschluß- zu Selbstanschlußfernsprechern gesprochen haben, liegt kein Betrug vor .. weil keine Person getäuscht .. worden ist" (S. 66). — Im Schrifttum hat dieser Fall zu langen Erörterungen Grund gegeben; Schmitz wurde durch ihn sogar zu seiner Diss. veranlaßt; er bringt hierzu auf S. 1—4, bes. S. 31 die Schrifttumsäußerungen zu diesem Urteil und weist darauf hin, daß verschiedene Gerichte dem RG in diesem Punkt Gefolgschaft versagt haben: z. B. LG Berlin JW 1934, 2874 f, OLG Kiel JW 1934, 2870, SchöffG Breslau, Urteil vom 23. 6. 33 (bei Schmitz S. 27 ff.). Keine dieser Entscheidungen bestraft jedoch wegen Betrugs. Insofern muß der Titel der Schmitzschen Schrift Bedenken erregen, da der Mißbrauch eines Münzfernsprechers, wie er auf S. 166 selbst sagt, „niemals als Betrug angesehen werden kann".

[342] Insoferne können wir Allfelds gedankenreichem Aufsatz, GS 107, 309 ff, bes. 312 nicht folgen; er meint, es könne derjenige, der eine automatische Wage dadurch mißbrauche, daß er, ohne eine Münze einzuwerfen, die Wage betritt, bevor ein anderer sie verlassen hat, nicht wegen Betrugs bestraft

b) Der sogenannte blinde Passagier

Der sogenannte blinde Passagier, eine zweite Möglichkeit des Tatbestandes des § 265a StGB, als Beispiel im Schrifttum ebenfalls unsterblich, könnte mit Hilfe des § 2 StGB in dem Fall, von dem wir ausgehen, bestraft werden, da er, etwa an der Bahnsteigsperre, keinen Irrtum hervorruft, sondern ohne in jemandem irgendeine Vorstellung zu erwecken, ein Fahrzeug benützt. Die Vorstellung des Fahrzeugdieners oder des Schaffners, es sei alles in Ordnung, mag zwar falsch sein, oder falsch werden, wenn der blinde Passagier einsteigt; dieser Irrtum ist aber nicht durch das Einsteigen des blinden Passagiers erregt worden, vielmehr ist nur die schon vorhandene Vorstellung des Schaffners zu einer falschen gemacht worden.[343]

Das Reichsgericht[344] hat in einem solchen Fall „zur weiteren Aufklärung" das Urteil einer Strafkammer zurückgewiesen; eine Irrtumerregung liege nicht vor, „wenn die Vertreter der Eisenbahnverwaltung von der Anwesenheit des Angeklagten überhaupt keine Vorstellung erlangt hatten".[345]

Auch in diesem Fall hätte es u. E. des neuen gesetzlichen Tatbestandes des § 265a StGB nicht bedurft. Denn es kann keinen Unterschied in der Verwirklichung des Grundgedankens des Betrugs machen, ob der Täter den Irrtum unterhält oder bloß benützt, also gar nicht mehr zu unterhalten und erst recht nicht

---

werden, weil von der Täuschung einer Person hier nicht die Rede sein könne, der Grundgedanke des § 263 StGB also nicht zutreffe. Allfeld legt den Akzent des Betrugstatbestandes willkürlich und unrichtig auf die Person, worauf er erkennbar nicht ruht. — Die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen Tatbestandsmerkmalen, die für die Auffindung des Grundgedankens wichtig sind, und solchen, die nur eine mehr zufällige Möglichkeit verschiedener Verwirklichungsarten des Grundgedankens darstellen, leuchtet gerade hier ein.

[343] Diesen Fall bringt Frank III und V 5 zu § 263 StGB.

[344] RG 42, 41 f.

Zu [343] und [344]:

Frank bestreitet in einem solchen Fall auch die Vermögensbeschädigung. „Vielmehr wird die Bahn durch das Mitfahren ohne Fahrkarte nicht in ihrem Vermögen beschädigt, sondern umgekehrt bereichert, weil ihr der Anspruch auf Nachzahlung erwächst." Diese groteske Konstruktion muß abgelehnt werden, sonst gäbe es überhaupt keine Betrogenen mehr, da jeder einen Gegenanspruch, mindestens nach § 826 BGB, erwirbt; das RG führt hierzu richtig aus: „Durch Zulassung zum Bahnsteig bewirkt der Kontrollbeamte, daß der Reisende die ihm gebührende Leistung entgegennehmen kann und sie erhält. Er verfügt dadurch über die einen Vermögenswert darstellende Leistung; indem der Reisende einen Zug benutzt, den er gar nicht benützen darf.. schädigt er das Vermögen der Eisenbahn."

[345] Binding, Lehrb. I, 351 f ist mit der herrschenden Meinung für eine Freisprechung in diesen Fällen und erwähnt als Beispiel den Aberglauben: „Wer den bestehenden Aberglauben nur ausbeutet, wie dies die Wahrsager, Kartenschläger.. meist tun,.. betrügt nicht." Diesen Irrtum habe der Täter weder erzeugt noch unterhalten.

hervorzurufen braucht; dazu kommt, daß diese Lücke, was immer dafür spricht, daß der Gesetzgeber sie nicht berücksichtigt hat, erst durch die Entwicklung der Technik Bedeutung erlangte (C II 2 b).

Bei den Fällen der Erschleichung eines Eintritts ohne Entgelt, die meist zusammen mit dem „blinden Passagier" genannt werden, ist jedoch das Merkmal der Vermögensbeschädigung sorgsam zu prüfen, bevor man an eine entsprechende Anwendung des § 263 StGB denkt. Ohne Vermögensbeschädigung gibt es, wie dargelegt, keine entsprechende Anwendung des Betrugstatbestandes.

Die Frage ist nun, ob in diesen Fällen (bei denen es also insbesondere nicht am Tatbestandsmerkmal der Vermögensbeschädigung fehlt) trotz des § 265a StGB nach den §§ 2, 263 StGB bestraft werden muß. Diese Frage ist zu bejahen. § 265a StGB gilt nur aushilfsweise, „soweit die Tat nicht nach anderen Vorschriften mit schwererer Strafe (als Gefängnis bis zu einem Jahr) bedroht ist". Das ist aber bei einer entsprechenden Anwendung des § 263 StGB (Gefängnis schlechthin) der Fall. Daher war es insofern ein Pleonasmus,[346] neben dem § 2 StGB noch den § 265a StGB einzufügen; für die Fälle des Automatenmißbrauchs, der Schwarzfahrt und Eintrittserschleichung, bei denen es nicht an der Vermögensbeschädigung fehlt, wäre § 265a StGB entbehrlich gewesen; diese Fälle des § 265a StGB sind u. E. also (insofern wäre auch diese Kapitelüberschrift zu berichtigen) gar nicht Fälle des § 265a StGB, sondern nach §§ 2, 263 StGB zu bestrafen.

Um zu zeigen, daß der Gesetzgeber bei der Einfügung des § 265a StGB überhaupt eine unglückliche Hand gehabt zu haben scheint, sei es gestattet, darauf hinzuweisen, daß auch ein dem § 263 V StGB entsprechender Absatz (Antragserfordernis bei Betrug gegen An-

---

[346] Sternagel-Haase, S. 64, sagt mit Recht, „die Rechtsprechung wäre auch ohne den neuen § 265a StGB zur Bestrafung gelangt", wenngleich die Frage Schwierigkeiten bereiten könne, welche Gesetzesbestimmung und welcher Strafrahmen maßgebend sei. — Vgl. Zeiler, JW 1935, 476 ff, der eine Analogie, wenn überhaupt, nur zu § 263 StGB für möglich hält. — Schäfer-Dohnanyi, S. 212, lassen es „dahingestellt", ob ohne § 265a StGB mittels Analogie bestraft werden könnte; unrichtig ist ihre Ansicht, daß § 265a StGB trotz seines „subsidären Charakters" einer „auf § 2 StGB fußenden entsprechenden Anwendung des § 263 StGB" keinen Raum gewähre, da die „Novelle diesen Fall durch § 265a StGB erfassen und nicht der entsprechenden Gesetzesanweisung (soll wohl heißen Gesetzesanwendung) überlassen wollte" (S. 213).

Zum gleichen Ergebnis kommt Becker, JW 1935, 2939; richtig erscheint, daß der Gesetzgeber, weil ihm die Anwendbarkeit des § 2 StGB für solche Fälle fraglich erschien, sich überdeutlich ausdrücken und eine Bestrafung ausdrücklich anordnen wollte; daher gilt § 265a StGB nur für Fälle, die durch eine entsprechende Anwendung des § 263 StGB nicht erfaßt werden können. —

Ebenso unrichtig wie die Genannten, Schmitz, S. 47: „§ 265a StGB ist nur gegenüber einer strengeren bestimmten Gesetzesvorschrift subsidiär; gegenüber einer unbestimmten Analogie jedoch (woraus folgt das?) primär."

gehörige u.a.) offenbar vergessen worden ist; es würde dem Rechtsempfinden gröblich widersprechen, wollte man denjenigen, der sich den Zutritt ins Kino seines Schwiegervaters erschleicht, von amtswegen, den der seinen Schwiegervater aber um RM. 10 000.— betrügt, nur auf dessen Antrag verfolgen.[347]

V. SACHBESCHÄDIGUNG

§ 303 I StGB bestimmt:

„Wer vorsätzlich und rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, wird mit Geldstrafe oder Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft."

Die Sachbeschädigung ist, wenn auch jünger als der Diebstahl und eine Errungenschaft erst des neueren deutschen Strafrechts,[348] ebenfalls ein Tatbestand, der von einem typischen anschaulichen Fall des Lebens seine Formulierung herleitet; wer das Haus des Nachbarn oder dessen Handwerksgerät zerstört oder die Tiere eines fremden Stalles verletzt, mag das Vorbild für die Formulierung des Tatbestandes der Sachbeschädigung abgegeben haben.

Technik und Wirtschaft haben daher auch beim Tatbestand der Sachbeschädigung Anlaß gegeben, die einzelnen Merkmale allmählich über die plastische Anschauung des Regelfalles hinaus auf Fälle auszudehnen, die mit dem ursprünglichen Typus nur mehr das gemeinsam haben, daß sie die Beziehung einer Sache zum Menschen stören, ohne die Sache selbst zu beschädigen. Die Krücke der teleologischen Begriffsbildung hat der Rechtsprechung auch hier, voran wieder dem Reichsgericht, die Anwendung einer verschleierten Analogie nahegelegt. Künftig werden wir bei den schon behandelten Tatbeständen, den gesetzlichen, im engen Anschluß an den Wortlaut geformten Tatbestand der Sachbeschädigung von dem entsprechenden, nur mehr auf den Grundgedanken des § 303 StGB aufgebauten, unterscheiden müssen.

Wir werden wie bisher die einzelnen Tatbestandsmerkmale untersuchen, zuerst das Objekt der Handlung (Sache), sodann die Deliktshandlung selbst (Beschädigen, Zerstören).

---

[347] Vgl. Sternagel-Haase, S. 113, der zur Behebung dieses Übelstandes zutreffend und unter Anführung der einschlägigen Schrifttumsäußerungen die entsprechende Anwendung des § 263 V StGB zugunsten des Täters vorschlägt.

[348] Einen guten Überblick über die geschichtliche Entwicklung der Sachbeschädigung als Straftatbestand gibt Rommel, S. 1—16: Das römische Recht (lex Aequilia) kannte nur Schadenersatzbestimmungen; erst die deutsche Partikulargesetzgebung erhob die Sachbeschädigung „ausnahmslos zum selbständigen Delikt" (S. 14); diese führt sehr ausführlich und mit eingehender Würdigung Leutz (S. 26—46) an; auf den Anfang der Arbeit Leutz', wo die partikulargesetzlichen Sachbeschädigungsbestimmungen (S. 137—152) zusammengestellt sind, sei besonders hingewiesen.

1. Sache im Sinn des § 303 StGB

Wir müssen hier noch einmal auf ein Tatbestandsmerkmal Sache zu sprechen kommen, da E. Wolf[349] in seinem oben (I, 1, a) behandelten Aufsatz das Tatbestandsmerkmal Sache gerade für § 303 StGB in einer extrem teleologischen Weise bildet.

Sache im Sinn des § 303 StGB ist für uns ein körperlicher Gegenstand,[350] ein Stück raumerfüllender Materie; der Unterschied zur Sache des § 242 StGB liegt, dem Wortlaut dieser Vorschriften entsprechend, nur in der Bewegbarkeit der Sache des § 242 StGB, so daß also eine Burgruine wohl Objekt des § 303, nicht aber des § 242 StGB sein kann. Wolf bezeichnet nun diese unkomplizierte und jedem einleuchtende Vorstellung als „grob naturalistisch"[351] und sieht „nicht die Existenz von Materie", sondern die Relation eines rechtlichen Wertgedankens in der Person eines rechtlichen Wertträgers auf „die Materie" als „das konstitutive Moment für den Sachbegriff" an.[352] „Ohne Zweckbeziehung auf den Menschen keine Sache"[353] (auch keine herrenlose, die eine Beziehung zum Menschen noch nicht oder nicht mehr hat?). — Eine solche Verschiebung des Sachbegriffs zu einer „Relation" scheint uns mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar. Vielmehr hatten wir wie das „naturalistische" Reichsgericht[354] an dem von uns schon beim Diebstahlstatbestand klargelegten Begriff fest und sagen mit dem Reichsgericht: „In der natürlichen Anschauung ist der Ursprung der einfachen Rechtsbegriffe zunächst zu suchen."[355] Die Aushöhlung solcher natürlicher Begriffe durch ihren wirtschaftlichen Zweck oder ihre Ersetzung durch bloße Relationen hat das Reichsgericht beim Tatbestandsmerkmal Sache erfreulicherweise nicht mitgemacht; die sehr reizvollen Fälle, die Wolf anführt, lassen sich nur mit einer entsprechenden Anwendung lösen.[356] Gegen diese bestehen keine Bedenken; denn die Lücken, die Technik und Wirtschaft im Strafgesetzbuch sichtbar werden lassen, sind unbeabsichtigt; der

---

[349] Vgl. Anm. 106.

[350] Die Übereinstimmung dieses strafrechtlichen Sachbegriffs mit dem des bürgerlichen Rechts in § 90 BGB ist nicht beabsichtigt; das ergibt schon der Wortlaut des § 90 BGB („. . im Sinne des Gesetzes . ."); auch das RG hat wiederholt betont, daß der strafrechtliche Sachbegriff selbständig zu erforschen sei, RG 32, 179.

[351] S. 56. — Mit Recht betont dagegen Kitzinger, S. 10 Nr. 7, der den Wolfschen Aufsatz noch nicht kennen konnte, die peinliche Lückenhaftigkeit komme gerade aus dem Gegensatz zur Naturwissenschaft; diese kenne nämlich Übergangsformen, während „das Recht seiner Natur nach die Dinge voneinander abgrenzen" müsse. [352] S. 56

[353] S. 51. — So sind für Wolf auch die treibenden Eisberge im Meer, das wilde Tier auf staatenlosem Gebiet und der Mond keine Sache, S. 51.

[354] RG 32, 173 ff, bes. S. 179. [355] S. 179.

[356] S. 58 spricht er selbst von „analogen Gesichtspunkten", die zu einer Entscheidung führen müßten.

Grundgedanke der Sachbeschädigung beschränkt sich nicht auf den Schutz eines bloß juristischen Eigentums, sondern umfaßt auch die Erhaltung der Brauchbarkeit eines wirtschaftlichen Gutes für den, dem das Gut zusteht: „Beim künstlich erzeugten, durchaus zweckbeherrschten Schattenspiel eines Marionettentheaters" beginge der, so meint Wolf, Sachbeschädigmng, „der böswillig Schattenfiguren überschatten oder durch Wirkung einer Gegenlichtquelle beeinträchtigen würde."[357] In solchen Fällen läßt künftig die Bildung eines der Sache entsprechenden Tatbestandsmerkmals eine Bestrafung wegen Sachbeschädigung zu. Dabei mag der Grundgedanke, den Wolf scharf herausstellt, Beachtung finden: der Gegenstand müsse drei Voraussetzungen erfüllen, um einer Sache entsprechen zu können: „1. Objektives Fürsichbestehen, 2. Kulturelles Dasein, 3. Beherrschtheit von Menschen."[358] Die besonders zu prüfende Frage, ob der Gesetzgeber den Schutz des § 303 StGB auch auf nichtkörperliche Gegenstände erstrecken wollte, ist zu verneinen, da es sich um eine beabsichtigte Gesetzeslücke, nämlich um Fälle handelt, an die der Gesetzgeber gedacht hat. Das folgt für Forderungen und Energien im besonderen aus der Gegenüberstellung der §§ 303 und 288 StGB („Bestandteile seines Vermögens").

Bei einer solchen Berücksichtigung des wirtschaftlichen Grundgedankens des § 303 StGB wird sich künftig die Frage noch schwerer beantworten lassen, wie der Diebstahl von der Sachbeschädigung begrifflich auseinanderzuhalten ist. Praktische Bedeutung gewinnt diese Schwierigkeit für die der Aneignung und der Beschädigung der Sache entsprechenden Fälle, die beide nicht nur in einer wirtschaftlichen Störung der Beziehungen der Sache zum Eigentümer bestehen. Sauer hat den Unterschied zwischen Zueignung und Sachbeschädigung[359] gerade unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten gut herausgearbeitet, den er allerdings irrtümlich als einen Unterschied der gesetzlichen Tatbestände bezeichnet:

[357] S. 64.

[358] S. 50. Wolf nennt das gerade nicht den Grundgedanken, meint aber dasselbe, wenn er sagt „Grundvorstellungen des Sachbegriffs". Diese Herausstellung des dreifachen Grundgedankens wird man bei Fällen entsprechender Anwendung verwerten können. Übrigens verdient die mit Wolf gedankengleiche und der Entwicklung im gleichen Sinn vorausschreitende Bemerkung Leutz', S. 46 (1914!) Beachtung: Nach dem Sprachgebrauch gehören zum Begriff der Sache u. a. „die Möglichkeit, die Sache zu beherrschen und für menschliche Zwecke dienstbar zu machen". Ein Berg sei daher keine Sache. Die Frage bleibt zu diesen gewiß feinsinnigen Beobachtungen nur, ob der Gesetzgeber diesen vom normalen Sprachgebrauch abweichenden Sprachgebrauch verwenden wollte. Das RG beruft sich, wie erwähnt, mit seiner Meinung ebenfalls auf den Sprachgebrauch, wie Leutz, S. 50, unter Hinweis auf RG 29, 111 selbst anführt. Vornehmlich wegen der „räumlichen Beherrschtheit" will Leutz, den Wolfschen Gedankengang gleichsam vorausahnend, auch die Elektrizität als „Sache im Rechtssinn" (S. 54) verstanden wissen.

[359] Vgl. auch im übrigen die klaren Ausführungen in Sauers Schrift.

„Sachbeschädigung ist eine mit Wertminderung, Sachzerstörung eine mit Entwertung der Sache für den Berechtigten verbundene Einwirkung auf die Sache selbst und zwar, fallls er die Sache gebraucht, eine zum Gebrauch an sich nicht erforderliche Einwirkung.“ [360]

„Eine Sache sich zueignen heißt . . , die Verfügungsmacht über die Sache herstellen zwecks Verwertung für sich unter Entwertung oder Wertminderung für den Berechtigten.“ [361] [362]

Dieser Unterscheidung schließen wir uns an, betonen aber, daß wir darin vor allem den Unterschied der entsprechenden Tatbestände des Diebstahls und der Sachbeschädigung sehen.

2. „Beschädigen“ und „Zerstören“

In der reichsgerichtlichen Rechtsprechung finden sich die Wolfschen Gedankengänge, wie gezeigt, nicht bei dem Tatbestandsmerkmal der Sache, sondern bei der Untersuchung der Begriffe Beschädigen und Zerstören. Hier läßt sich die steigende Bedeutung des wirtschaftlichen Grundgedankens der Sachbeschädigung und die daher immer mehr angewandte de-facto-Analogie deutlich verfolgen.

a) Die richtige, ältere Sachsubstanztheorie des Reichsgerichts

Die richtige, ältere Auffassung spricht das Reichsgericht schon 1885 (RG 13, 27 ff.) aus, wo es aus dem Wortlaut des § 303 StGB zutreffend folgert, daß nur die Beschädigung der Sache selbst, also ihre Substanzbeeinträchtigung, eine Sachbeschädigung sei, ein „außer der Sache mittelbar das Vermögen des Eigentümers treffender Schade“ habe „außer Betracht zu bleiben“ (S. 28). „Was

---

[360] Sauer, S. 101.

[361] Sauer, S. 71. — Da Sauer bei der Sachbeschädigung eine bloße Wert- oder Gebrauchsminderung nicht genügen läßt, (S. 104), bei der Zueignung aber „ökonomische“ Gesichtspunkte ausschlaggebend sein läßt, entspricht er wenigstens zum Teil unserer Auffassung.

[362] Daß es in Grenzfällen trotz dieser Begriffsbildung fraglich sein kann, ob ein Sachverhalt Sachbeschädigung oder Diebstahl ist, oder gar wie Pradzynski, S. 54, rechtsirrtümlich meint, „in ideale . . Konkurrenz“ treten kann (dagegen mit Recht Zimmer, S. 135—140 in einem eigenen Kapitel), interessiert nicht; im Regelfall werden die von Sauer gebrachten Gesichtspunkte durchschlagen und bei Diebstahl namentlich das Kriterium der „Bedürfnisbefriedigung der Lebensforderung des (wenn auch nur mittelbaren) Genusses“ (S. 56 f, bes. S. 77 f) zu prüfen sein. W. v. Hippels Ansicht muß dieses Kriterium aber noch ergänzen: in Grenzfällen, so sagt er S. 24, ist „das einzig sichere Kriterium . . die Willensrichtung, welche die vom Täter vorgenommene Zerstörung erkennen läßt“. Vgl. auch die Darstellung der verschiedenen Meinungen, S. 24 f und S. 34.

die beschädigende Handlung anlangt, so kann nach dem Wortlaute des Gesetzes unter Beschädigung einer Sache begriffsmäßig nur eine solche Einwirkung auf die Sache verstanden werden, durch welche die Substanz der Sache alteriert,[363] die Unversehrtheit der Sache aufgehoben wird. Von diesem Gesichtspunkte aus fällt eine Einwirkung, durch welche, unbeschadet der Substanz und Unversehrtheit der Sache, deren Wert oder Zweckbestimmung beeinträchtigt wird, außerhalb des Rahmens des Gesetzes, mag auch die Sache für den Eigentümer wertlos oder gar seinem Vermögen entzogen sein." (S. 28.) Schon aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergebe sich, daß der Ausdruck „beschädigt" „nach dem Wortsinn verstanden" werden müsse (S. 29).

Diese richtige Auslegung des § 303 StGB bestätigt das Reichsgericht (RG 20, 185) in ausdrücklicher Ablehnung der anders lehrenden „Doktrin, nach welcher eine Sachbeschädigung auch dann angenommen werden soll, wenn nicht die Sache selbst, sondern nur das Verhältnis des Eigentümers zur Sache verändert, insbesondere, wenn dem Berechtigten die Sache durch eine mit ihr vorgenommene Ortsveränderung entzogen wird (z. B. durch Fliegenlassen eines eingesperrten Vogels,[364] Werfen eines Ringes in einen Abgrund[365])".

b) Die neuere Sachbrauchbarkeitstheorie des Reichsgerichts

Eine Berücksichtigung des wirtschaftlichen Grundgedankens der Sachbeschädigun findet sich jedoch schon insoferne, als die Beeinträchtigung der Brauchbarkeit der Sache neben der Beeinträchtigung der Substanz gefordert wird.[366]

Allmählich aber verlegte sich der Akzent von der Substanzverletzung auf die Brauchbarkeitsminderung. Schon die genannte Entscheidung (RG 20, 185) bringt eine Wendung zur neueren Auffassung, daß die Gebrauchswertminderung zu berücksichtigen

---

[363] Dies führt schon Leutz, S. 67 ff aus mit vielen Nachweisen aus Rechtsprechung und namentlich aus der Rechtslehre. Er zeigt auch klar die Entwicklung, die den „Schwerpunkt des Deliktes mehr nach der Beeinträchtigung der Gebrauchsmöglichkeit" verlegt (S. 69 ff).

[364] Diesen als Schulbeispiel unsterblichen Vogel will übrigens Dahm bei Gürtner, S. 492, ohne den Täter zu strafen, davonfliegen lassen; warum?

[365] Das Schrifttum der damaligen Zeit hat sich großenteils dem RG angeschlossen. Genannt sei Rotering, GS 47, 211 ff; da wird in ganz modern anmutender Art von der wirtschaftlichen Zweckbestimmung eines Gutes ausgegangen, schließlich aber, da die Lehre von der Sachbeschädigung nur die „Substanzveränderungen im engeren Sinn des Wortes" umfaßt, die Frage, ob die Beeinträchtigung des Gebrauchswertes als Sachbeschädigung erachtet werden kann, wenn sie ohne Veränderung der Sachsubstanz sich vollzieht, verneint (S. 215 f).

[366] Z. B. OLG in ZStW 45, 479 mit einer Anm., die im Hinblick auf RG 13, 27 mit Recht Bedenken äußert.

sei, ja daß sie u. U. allein genüge und es auf die Substanzverletzung nicht mehr anzukommen habe. Damit beginnt das Reichsgericht auch bei der Sachbeschädigung mit Hilfe einer verschleierten Analogie zu konstruieren. Es wäre daran festzuhalten gewesen, daß die Beschädigung einer Sache etwas anderes ist, als die Minderung ihrer Brauchbarkeit ohne Beschädigung der Sache. Das Reichsgericht sagt jedoch: Die Grenze, innerhalb welcher, wenn ein kompliziertes Sachganzes in Frage steht, eine Verletzung der Sachsubstanz angenommen werden kann, sei flüssig; sie lasse, so hilft sich das Reichsgericht zunächst, „dem Ermessen des Tatrichters Raum" (S. 186). Der Sprachgebrauch lege in solchen Fällen (Beschmutzung eines Kupferstiches) kein Gewicht auf die Unversehrtheit, entscheidend sei vielmehr der Umstand, daß der Kupferstich infolge des Schmutzfleckens, die ihm eigentümliche Z w e c k bestimmung (!) nicht mehr in früherem Maße erfülle. Den Gegensatz dieser Ausführung (auch in der Beurteilung des Sprachgebrauchs) zu RG 13, 27 ff. beachtet diese Entscheidung nicht.

Einzelne Oberlandesgerichtsurteile sehen, den Gedankengang des Reichsgerichtes weiterführend, von dem Erfordernis der Substanzverletzung nunmehr ganz ab,[366] während das Reichsgericht sich vor einer so klaren Entscheidung noch gescheut hat; schließlich weitet es aber den Begriff der Zerstörung oder Beschädigung doch ins Unerträgliche aus: es müsse schon eine „Einwirkung genügen, die z w a r k e i n e s t o f f l i c h e V e r r i n g e r u n g o d e r V e r s c h l e c h t e r u n g des Gegenstandes, wohl aber eine belangreiche Veränderung der äußeren Erscheinung und Form mit sich bringt." [367] Daher genüge das „Beschmieren einer in ihrer Naturfarbe gehaltenen Marmorbüste mit einer fremden Farbe". Schon „durch die Besudelung mit Farbe und die dadurch hervorgerufene Verdeckung der eigentlichen Reize ihrer Oberfläche" würde die Wirkung einer solchen Marmorbüste „wesentlich beeinträchtigt und beschädigt" (ist das dasselbe?); das komme einer „Beschädigung ihrer Masse vollkommen gleich" (ist aber offenbar keine). Dieser Gedankensprung von „vollkommen gleich" auf den Begriff der Sachbeschädigung enthält einen verschleierten Analogieschluß[368] von der Wertminderung durch Besudelung der Oberfläche auf die Wertminderung infolge Zerstörung der Sache. Mit Recht hat daraus die Lehre gefolgert, die Praxis zeige die Tendenz, noch einen Schritt weiterzugehen und den Begriff der Sachbeschädigung hier von dem Moment der Substanzverletzung zu lösen; es seien dies die Fälle der Sachentziehung (Fliegenlas-

[367] RG 43, 205.

[368] E i c k (S. 72—75) bringt ähnliche Fälle und spricht zutreffend auch hier von einer de-facto-Analogie.

sen eines fremden Vogels u. a.).[369] Die Gründe gegen einen solchen Versuch, aufgrund des Gesetzes wortlauts die Sachbeschädigung zu bestrafen, sind dieselben, die gegen eine Bestrafung bei bloßer Gebrauchsminderung anzuführen sind, da die Sachentziehung nur ein Fall der Unbrauchbarmachung (oder Gebrauchsminderung) ist.[370]

Ohne Beeinträchtigung der Substanz selbst hat das Reichsgericht jedoch nur bei den sogenannten zusammengesetzten Sachen und bei lebenden Tieren eine Minderung der Gebrauchsfähigkeit allein genügen lassen;[371] hinsichtlich der „Eisenbahn" hat es z. B. in RG 55, 169 ausgeführt: „Die Eisenbahn ist ein einheitliches, durch . . Verbindung des Oberbaues mit dem Unterbau geschaffenes Gebilde. Diese Verbindung gehört zu ihrem Wesen. Wird sie beeinträchtigt, so wird die Eisenbahn beschädigt, auch wenn eine stoffliche Beschädigung der einzelnen Teile, aus denen sie zusammengesetzt, nicht vorliegen sollte;" dies gelte „zum mindesten" dann, so fügt das Reichsgericht, erschrocken über den eigenen Mut, an, „wenn die Brauchbarkeit der Gesamtanlage für ihren bestimmungsmäßigen Zweck durch den Eingriff nachteilig beeinflußt wird."

Diese Hilfskonstruktion einer zusammengesetzten Sache und die Bestimmung, wann sie als beschädigt zu gelten habe, entstanden ohne ausdrückliche Gesetzesgrundlage lediglich aus einer wirtschaftlichen Notwendigkeit heraus, was im Schrifttum auch bemerkt wurde.[372]

c) Verwendbarkeit der Sachbrauchbarkeitstheorie nur für eine entsprechende Anwendung

Indes ist daran festzuhalten, daß die Brauchbarkeitsminderung einer Sache nach dem Sprachgebrauch etwas anderes ist als die

---

[369] So Leutz, S. 85 f, mit vielen Nachweisen; Leutz bedauert von seinem Brauchbarkeitsstandpunkt aus, daß die Praxis diese Folgerung noch nicht gezogen habe (S. 86), spricht aber immerhin befriedigt von einer „Tendenz zur Erweiterung des Delikts" (S. 89).

[370] Diese Gründe hat Lehmann, S. 81, eigens herausgestellt. Hier interessiere, sagt er mit Recht, vor allem der Sprachgebrauch, der selbst in einer dauernden Entziehung keine Beschädigung sehe.

[371] Weitere Nachweise bei Ebermayer 4 zu § 303 StGB.

[372] Ebermayer 4 zu § 303 StGB hebt an dieser Stelle den Gedanken hervor, der zu einer versteckten Analogie führen muß: „Es ist . . nicht ersichtlich, weshalb der Begriff der Beschädigung bei ersterer (nämlich bei der einfachen Sache) eine andere Bedeutung haben soll als bei letzterer (nämlich bei der zusammengesetzten Sache). Das praktische Bedürfnis (!), welches zu einer Ausdehnung dieses Begriffs (der Sachbeschädigung) bei einem Teil der Sachen geführt hat, kann bei allen Sachen hervortreten." Hiernach verdiene die Ansicht den Vorzug, welche nicht die Verletzung der Substanz, „sondern die Beeinträchtigung des Gebrauchs für wesentlich erklärt". — Dazu wäre u. a. zu fragen, ob das praktische Bedürfnis im Strafrecht eine Rechtsquelle sein kann und ob das Wesen der Beschädigung nicht zuvörderst in der Beschädigung liegt.

Beschädigung oder Zerstörung;[373] verwandt sind die beiden Begriffe jedoch insofern, als sowohl die Entziehung und Brauchbarkeitsminderung der Sache als auch die Beschädigung oder Zerstörung für den Berechtigten die Sache wertlos machen. Der Gesetzgeber hat die Sachbeschädigung nicht der Unversehrtheit der Sache wegen, sondern um die Interessen des Menschen an den Sachen zu schützen, unter Strafe gestellt. Dieser Grundgedanke ermöglicht die entsprechende Anwendung des § 303 StGB bei einer Brauchbarkeitsminderung ohne Substanzverletzung.

Der Richter[374] hat daher recht, der nur in entsprechender Anwendung des § 303 StGB den bestraft, der einen Elektrola-Sprechapparat dadurch unbrauchbar macht, daß er die Schalldose wegnimmt. K. Schäfer hat hiezu bemerkt, das geschriebene Recht solle ganz ausgeschöpft werden, bevor „eine schnelle Zuflucht zu § 2 StGB" gesucht werde. Fliegenlassen eines fremden Kanarienvogels und ähnliches könne auch heute noch ohne § 2 StGB bestraft werden, denn „das Strafwürdige" sei die Vernichtung oder Verringerung der Gebrauchsmöglichkeit für den Berechtigten. Wir sind der Meinung, die aus der Not des Analogieverbotes gewonnene Konstruktion einer Beschädigung zusammengesetzter Sachen durch bloße Minderung ihres Gebrauchs soll, da die Not behoben ist, aufgegeben und ohne Zögern eine Analogie genannt werden, was eine ist.

---

[373] So Sternagel-Haase, S. 41, 115.

[374] AG Stadtroda JW 1936, 1702 f mit mißbilligender Anm. K. Schäfers.

ZWEITER TEIL

Die Bedeutung der sogenannten Wahlfeststellung für die Vermögenstatbestände

A Tatbestand und alternative Tatbestandsfeststellung

Es kann als sicher angenommen werden, daß jeder und jede einmal ein Delikt im Sinne des Strafgesetzbuches begangen hat, sei es auch nur einen kleinen Betrug oder eine streng diskrete Beleidigung, zu deren Verfolgung es am Strafantrag nur deshalb fehlt, weil der Beleidigte nichts erfahren hat; auch im Volk scheint diese Überzeugung lebendig zu sein: „Wo kein Kläger, da kein Richter." Der Strafrichter wird in der Tat von den meisten Delikten nichts erfahren.

Andererseits ist sicher, daß der Richter auch in einem Falle, der ihm zur Kenntnis gebracht wird, nie alle Einzelheiten so erforschen kann, wie sie etwa erkennbar würden, wenn das ganze Delikt gefilmt worden wäre, obwohl selbst dann noch Fehlerquellen (optische Täuschung) möglich wären. Als logisch oder mathematisch gewiß lassen sich solche Tatsachen niemals beweisen.

Im ersten Falle wird der Richter, obwohl feststeht, daß jeder irgendwie einen Tag Gefängnis verwirkt hat, und wenngleich eine Bestrafung der Gerechtigkeit, wenigstens der ausgleichenden des Aristoteles, nicht widersprechen würde, überhaupt kein Verfahren einleiten.

Im zweiten Falle hingegen muß er verurteilen, obwohl nicht jeder Vorgang, der sich bei der Begehung des Deliktes abgespielt hat, erkannt werden konnte, sondern, anders als bei einer Filmaufnahme des Verbrechens, nur eine gewisse Zahl von Einzelheiten nachgewiesen und erkannt werden kann, die dem Richter genügen muß, um den zur Verhandlung stehenden Vorfall als Verbrechen zu betrachten und zu bestrafen.

Zwischen den beiden klaren Extremen eines überhaupt nicht bekannt gewordenen Deliktes und eines in allen Einzelheiten erkennbaren und beweisbaren Deliktes muß es eine Grenze geben, wo zwar so viele Einzelheiten eines Deliktes nachgewiesen sind, daß man von einem begründeten Verdacht sprechen kann,

wo aber doch zu wenig Einzelheiten nachgewiesen sind, als daß man verurteilen könnte. Hat sich weiter nichts feststellen lassen, als daß der Bauernbursche im Morgengrauen mit einem frischgeschossenen Reh im Rucksack aus dem Wald kam, so kann er noch nicht wegen Jagdwilderei, Hehlerei, auch nicht entsprechend einem Dieb verurteilt werden.

Der Einsicht folgend, daß eine ungerechte Verurteilung dem Staat mehr schadet als alle ungerechten Freisprechungen, hat man diese Grenze lieber etwas zugunsten der Freisprechung gezogen und an eine Verurteilung strenge Anforderungen hinsichtlich der Anführung der als Verbrechensmerkmale bewiesenen Tatsachen gestellt. Nach der StPO (§ 267 I a. F.) konnte daher nur verurteilt werden, wenn die „Urteilsgründe die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben" konnten, „in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden" wurden; es mußten also die sämtlichen Merkmale eines bestimmten Tatbestandes nachgewiesen werden. Außerdem mußten die Gründe das zur Anwendung gebrachte Strafgesetz bezeichnen (§ 267 III, 1 StPO a. F.).

Wir haben also wieder eine Frage des Tatbestandes vor uns.[375] Mögen die Mittel der richterlichen Erkenntnismöglichkeiten oder das Verfahren der klärenden Hauptverhandlung prozessuale Probleme sein, die Entscheidung der Frage, wieviele und welche Tatsachen für eine Verurteilung mindestens nachgewiesen sein müssen, ist eine Frage des sogenannten materiellen Strafrechts.[376]

Von den Problemen, die sich aus dieser Bedeutung des Tatbestandes als Urteilsmindestvoraussetzung ergeben, ist das bedeutendste die Frage: Genügt zu einer Verurteilung schon die Feststellung, daß irgend ein Tatbestand verwirklicht wurde, wenn nicht bewiesen werden kann, welcher? Genügt also schon die negative Feststellung, daß das Verhalten unmöglich keinen Tatbestand erfüllen kann, wenn nicht positiv aufgeklärt werden kann, unter welchen Tatbestand es zu subsumieren ist? Ist, so hat man die Frage formuliert, eine alternative Tatbestandsfeststellung für eine Verurteilung ausreichend?

Die herrschende Lehre,[377] besonders auch das Reichsgericht, hat, wie wir sehen werden, in § 267 StGB a. F. das Verbot einer Ver-

---

[375] Die Ansicht Mezgers, Ltf. S. 39, daß die Bedeutung des § 2 b StGB(!) „vor allem auf prozessualem Gebiete" liege, möchten wir nicht teilen; handelte es sich um eine prozessuale Frage, hätte es genügt, § 267 durch die Novelle zu ändern. Anlaß zur Erörterung dieser Frage wurde jedenfalls der Aufsatz Lückings, GA 71, 161 „Die natürlichen Grenzen des Strafprozesses".

[376] DJZ 1936, 602 formuliert Mezger seinen Standpunkt.

[377] Die Hauptvertreter dieser herrschenden Lehre, vor allem Bennecke-Behling, Gerland, Graf zu Dohna, v. Lilienthal und bes. Oetker sind bei Hauck, S. 15, bes. Anm. 55, S. 16 bes. Anm. 59 nachgewiesen; die Gegner zählt Nüse, S. 69, 72, 73 auf, nämlich Rumpf, v. Dassel, v. Hippel und vor allem Zeiler.

urteilung bei nur alternativer Tatbestandsfeststellung gesehen, also auch hier wie beim Analogieverbot eine strenge Bindung des Richters an den Wortlaut des Tatbestandes angenommen. Der Gesetzgeber hat, um den Schwierigkeiten, die die Rechtsprechung auch mit dieser Art von Bindung an den gesetzlichen Tatbestand haben mußte, zu begegnen, den § 2b StGB („Zulassung der Wahlfeststellung“ [378]) in das Strafgesetzbuch eingefügt. Seine Bedeutung für die vermögensrechtlichen Tatbestände soll im folgenden untersucht werden.

Zuvor mag eine Klarlegung des Begriffs und eine Darstellung der Entwicklung und der Voraussetzungen dieser sogenannten Wahlfeststellung des § 2b StGB die Behandlung unseres Problems vorbereiten und die Übersicht erleichtern.

B Begriff, Entwicklung, Voraussetzungen der sogenannten Wahlfeststellung

I. BEGRIFF DER SOGENANNTEN WAHLFESTSTELLUNG

Das Problem der Alternativfeststellung wird in neuerer Zeit als Problem der „Wahlfeststellung“ bezeichnet. Mit beiden Worten ist dasselbe gemeint.[379] Darunter ist eine Feststellung folgender Art zu verstehen:[380]

1. Festgestellt werden soll die Tatsache, daß sich ein Vorgang nur teilweise hat erkennen lassen (nur die Aussage der Tochter) und daß bezüglich des ungeklärt gebliebenen Teiles (Verkehr zwischen Vater und Tochter?)
   a) von zwei oder mehreren Möglichkeiten überhaupt eine, wenn auch ungewiß welche, verwirklicht worden ist (das Mädchen hat entweder Blutschande begangen oder den Vater verleumdet),
   b) von zwei oder mehreren Möglichkeiten nur eine, wenn auch ungewiß welche, verwirklicht worden ist (hat es mit dem Vater verkehrt, ist die Aussage keine Verleumdung; hat es nicht verkehrt, dann liegt keine Blutschande vor. Beides zugleich kann nicht vorliegen), und daß
   c) neben diesen zwei oder mehreren Möglichkeiten keine weitere, insbesondere keine straflose, denkbar ist. (Dazu muß festgestellt werden, daß das Mädchen überhaupt einen Vater hat. Seine Mutter könnte eine Dirne sein und den Er-

[378] So überschreibt die Novelle vom 28. 6. 35 den § 2b StGB; inwiefern diese Überschrift ungenau ist, wird sich unten zeigen.

[379] Das wird nicht bestritten und ergibt sich auch daraus, daß Rechtsprechung und Schrifttum dasselbe Problem unter gleichen Bezeichnungen behandeln. Über die sprachlichen Bedenken der „Wahlfeststellung“ s. Anm. 385.

[380] Zur Veranschaulichung soll Zeilers DRZ 1914, 529 Beispiel dienen, daß ein Mädchen einem Dritten mitteilt, es habe mit seinem Vater geschlechtlich verkehrt.

zeuger ihres Kindes nicht wissen; dann gäbe es noch die weitere Möglichkeit, daß weder Verleumdung [mangels einer bestimmten zu verleumdenden Person] noch Blutschande [mangels eines Vaters] vorliegt.)

Nicht zu unserem Fragenkreis gehört die Untersuchung, ob auch die Schuldformen alternativ festgestellt werden können. Auf den Irrtum, es handle sich hier um ein sogenanntes Plus-minus-Verhältnis (als ob das Nichtwissen von einer Sache im Wissen um sie enthalten sein könnte!), braucht daher nicht eingegangen zu werden.[381]

2. Sodann ist zu unterscheiden, welcher Art die Möglichkeiten sind, deren alternative Feststellung in Frage steht;[382] wir unterscheiden folgendermaßen:
   a) die alternative Feststellung von Tatsachen, die rechtlich ohne Bedeutung sind (der Dieb hat die Uhr am Samstag oder am Montag gestohlen);
   b) die alternative Feststellung von rechtlich erheblichen Tatsachen; solche Feststellungen sind folgendermaßen zu unterscheiden:[383]
      α) ein Vorgang kann nur so weit aufgeklärt werden, daß der Angeklagte eines von mehreren Strafgesetzen verletzt hat (entweder hat er die Uhr gestohlen oder gehehlt);
      β) jeder von mehreren Vorgängen würde, wäre er bewiesen, unter ein anderes von mehreren Strafgesetzen fallen. Es kann aber nicht festgestellt werden, welcher dieser Vorgänge die Gesetzesverletzung darstellt[384] (entweder hat das Mädchen den Vater verleumdet oder mit ihm Blutschande getrieben);
      γ) durch einen von mehreren Vorgängen wurde ein Strafgesetz verletzt; es kann aber nicht aufgeklärt werden, durch welchen Vorgang (ein Zeuge beschwört vor dem Amtsgericht A das Gegenteil von dem, was er früher in einem anderen Rechtsstreit vor dem Amtsgericht B beschworen hatte).[385]

Bei diesen Entscheidungen stehen jeweils Handlungen nur des nämlichen Täters in Frage. Die alternative Feststellung zweier

[381] Vgl. hierüber z. B. Hauck, S. 35 f mit Nachweisen in Anm. 106—108, der hier jedoch nicht ganz klar ist und alternative Feststellung beider Schuldformen für möglich zu halten scheint, S. 36 unten.

[382] Eine ähnliche Einteilung bringt Hauck, S. 2—5.

[383] Diese Einteilung liegt auch der amtlichen Begründung, S. 30—32 zugrunde.

[384] Hauck gebraucht hierfür den anschaulichen Ausdruck Doppelalternativität, S. 4; diese Fälle hält er mit Recht für die Normalfälle des § 2 b StGB, S. 26.

[385] Aus der Klarlegung des Begriffes der Alternativfeststellung erhellt, daß der Versuch für dieses lateinisch-deutsche Doppelwort in der Wahlfeststellung eine deutsche Wendung zu finden, mißglückt ist; „Wahlfeststellung" läßt erwarten, es werde eine Wahl festgestellt oder eine Feststellung gewählt,

Täter scheidet aus dem Kreis unserer Betrachtung vollkommen aus; eine solche alternative Verurteilung wird mit Recht nicht einmal erörtert.

Aus den angeführten Unterscheidungen erhellt wieder, inwiefern auch die Frage der alternativen Feststellung eine Frage des Tatbestandes ist.[386] Es handelt sich immer nur darum, daß ein Teil der Tatbestandselemente (Diebstahl: Hehlerei) oder alle (Betrug: Abtreibung) nur alternativ festgestellt werden konnten und daß trotzdem verurteilt werden soll.[387] Das Erfordernis der Tatbestandsmäßigkeit ist also gemildert, wenn eine alternative Feststellung zur Verurteilung genügt; statt des bestimmten Tatbestandsmerkmals braucht nur mehr die Tatsache festgestellt zu werden, daß von mehreren Tatbeständen irgendeiner, wenn auch unklärbar welcher, verwirklicht wurde. Darin besteht die Bedeutung des § 2b StGB für die Einzeltatbestände.

II. ENTWICKLUNG DER RECHTSPRECHUNG ZUR SOGENANNTEN WAHLFESTSTELLUNG VOR DEM INKRAFTTRETEN DES § 2 b StGB

Um einen Überblick für unsere Betrachtung zu bekommen, sei es gestattet, eine kurze Darstellung der Entwicklung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu unserem Problem zu geben. Das

---

wo doch gar nichts (auch nicht die Strafe oder eine Strafvorschrift) gewählt wird, sondern nur festgestellt wird, daß von mehreren Möglichkeiten eine und nur eine, aber unbestimmt welche, vorliegt; auch das Wort „wahldeutig" (was wird hier gedeutet) ist irreführend; desgleichen das Umstandswort „wahlweise", das noch dazu (z. B. in der amtl. Begründung S. 31) vielfach, als wäre es ein Eigenschaftswort, vor ein Hauptwort („wahlweise Feststellung", „wahlweise Verurteilung") gestellt wird. — Vielleicht könnte man besser von einer „Entweder-oder-Feststellung" sprechen; auch das RG scheint den Akzent nicht auf den Gedanken „einer-von-beiden" (= alter) zu legen, sondern auf das „Entweder-oder", da RG 51, 180 anläßlich einer alternativen Feststellung die Worte „entweder" und „oder" sperrt und RG 53, 232 von einer „sogenannten Wahlfeststellung" spricht. Unser Vorschlag wäre übrigens ausnahmsweise genauer als das lateinisch-deutsche Ausgangswort, da nicht bloß zwei Möglichkeiten vorzuliegen brauchen (alter: alter), sondern, wie der Wortlaut des § 2b StGB bestimmt, auch „mehrere Strafgesetze" in Frage stehen können.

[386] Die rechtliche Beurteilung eines eindeutig festgestellten Sachverhalts darf (wegen etwaiger theoretischer Subsumtionsstreitigkeiten) nie alternativ festgestellt werden. Der Richter muß hier zu einer eindeutigen Ansicht kommen. Aus Nüses Fallsammlung sind daher die Fälle S. 89 unter d) zu streichen. Nüse scheint den Unterschied zwischen tatsächlichen und rechtlichen Zweifeln zu übersehen und rechnet auch die Fälle zu seinem Problemkreis, bei denen sich „die Richter über die rechtliche Würdigung eines Sachverhalts .. nicht einig sind".

[387] Insofern hat Nüse, dessen Diss. wir an anderen Stellen würdigen werden, seiner Arbeit einen nicht ganz treffenden Titel gegeben: „Das Problem der Zulässigkeit von Alternativ-Schuld feststellungen .." verleitet zu der Hoffnung, es werde die alternative Feststellung der Schuldformen erörtert; in Wirklichkeit handelt Nüse nur von Fällen, bei denen die Schuldform, nicht aber der Tatbestand oder die Modalität eines Tatbestandes eindeutig feststeht.

Reichsgericht hat eine Alternativfeststellung weder im vollen Umfange für unzulässig, noch im vollen Umfange für zulässig erklärt,[388] die Streitfrage war vielmehr immer die, wo die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Alternativfeststellung zu ziehen ist.[389] Die Entwicklung führt auch hier von einer ursprünglich starren Bindung an den Gesetzeswortlaut nicht zuletzt unter dem Einfluß der Schriftsteller[390] zu einer allmählichen Lockerung dieser Bindung. Die unmittelbar vor Verkündung des § 2b StGB veröffentlichten Entscheidungen zeigen, daß der Gesetzgeber mit seiner Neuerung nicht viel zu ändern brauchte, daß er vielmehr durch eine zu schnell abgeschlossene und zu früh erstarrte Lösung wieder neue Schwierigkeiten erzeugt hat.

1. Die ältere Rechtsprechung

Die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichts hält sich zwar an den Wortlaut des Gesetzes, das in § 267 I, StPO a. F. befiehlt: „Wird der Angeklagte verurteilt, so müssen die Urteilsgründe die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben, in welchen die gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung gefunden werden.“ [391] In dieser Vorschrift sah das Reichsgericht den Grundsatz nullum crimen sine lege verwirklicht und sagt z. B. in RG 22, 216: „Der Grundsatz nullum crimen sine lege beherrscht so sehr das gesamte Strafrecht, daß eine Strafe nur dann ausgesprochen werden darf, wenn die .. Handlung derart festgestellt werden kann, daß

---

[388] Von dem vereinzelten unter II 2 besprochenen Urteil des I. Senats soll bei dieser Behauptung abgesehen werden.

[389] Das betont der unten zu besprechende Urteilsentwurf des I. Senates RG JW 1934, 294 ff: „Das RG.. hat ausgesprochen, daß dem geltenden Recht keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine solche (alternative) Verurteilung zu entnehmen sind, da es sich nur darum handelt, die Grenzen ihrer Zulässigkeit zu finden.“ (S. 295).

[390] Besonders verdient um die Klärung der Probleme der Alternativfeststellung hat sich Zeiler, nunmehr RGR i. R., gemacht, der unermüdlich und mit unbestechlicher Klarheit in zahlreichen Aufsätzen (s. unser Schrifttumsverzeichnis) auf die Notwendigkeit hingewiesen hat, die alternative Feststellung ohne Grenze zuzulassen. Er hat auch als Richter am Reichsgericht die Entwicklung in diesem Sinn beeinflussen können (DJ 1936, 640 spricht er selbst davon). Es ist nur bedauerlich, daß der Gesetzgeber diesem erfahrenen Richter nicht in allen Punkten gefolgt ist, besonders nicht, was die Vorschläge der Urteilssatzformulierung anlangt. Auf den vorbildlich gründlichen Aufsatz JW 1937, 1758 ff sei besonders hingewiesen, weil er die schwierige Kunst, den § 2 b richtig anzuwenden, durch ein Musterbeispiel vor Augen führt; angezweifelt werden könnte hier nur ein Punkt (I 2 b des Aufsatzes; § 173, II StGB ist auch in diesen Fällen anzuwenden und die „Annahme einer Tateinheit“ nicht „überflüssig“.).

[391] Eine gute Darstellung, wie Rechtsprechung und Lehre aus § 267 StPO die Begrenzung der sogenannten Wahlfeststellung konstruiert haben, gibt die Anm. GA 40, 44—47; vgl. auch die dort abgedruckten Entscheidungen des IV. Senats vom 5. 4. und 13. 5. 1892.

sie ein bestimmtes Strafgesetz erfüllt, daß in ihr sämtliche Merkmale einer bestimmten Strafbestimmung zu finden sind."[392] Ein Verbot der alternativen Feststellung hat das Reichsgericht jedoch auch in der ältesten Rechtsprechung nicht angenommen: „Indes schließt diese Vorschrift, ebenso wie in dem Verfahren vor den Schwurgerichten des (nunmehr gegenstandslosen) § 292 StGB die Statthaftigkeit einer alternativen Feststellung nicht aus. Es hat daher auch das Reichsgericht die Zulässigkeit derselben anerkannt, sie jedoch nach zwei Seiten hin eng begrenzt." [393]

Eine Verurteilung auf Grund alternativer Feststellung war, so hat das Reichsgericht später seine Auffassung formuliert, nur zulässig, „wenn es sich (lediglich) um verschiedene Ausführungsarten einer und derselben Straftat handelt, die keinen verschiedenen Tatbestand bedingen und wenn das Gesetz selbst diese mehreren Ausführungsarten als gleichwertig nebeneinander stellt und hiefür dieselbe Strafe androht."[394] Diese Ansicht behielt das Reichsgericht bis kurz vor der Verkündung des § 2b StGB bei.

Widersprochen hat es sich nur in einem Falle, indem der II. Senat [395] die Feststellung von Einsteigdiebstahl oder Nachschlüsseldiebstahl zugelassen hat, während früher der IV. Senat[396] eine solche Feststellung nicht zugelassen hatte;[397] darauf werden wir unten zu sprechen kommen.

2. Die neuere Auffassung

Die neuere Rechtsprechung vor dem § 2b StGB hat, wie nicht verschwiegen wird, unter dem Eindruck der Rechtslehre,[398] die durchweg die reichsgerichtliche Rechtsprechung anstatt den Gesetzgeber angegriffen hatte, die alten Grundsätze verlassen und zu begründen versucht, auch diese geänderte Rechtsprechung stehe mit dem Gesetz in Einklang. In Wirklichkeit handelt es sich um eine nicht schlüssig begründete Abweichung vom Gesetz.

a) Die erste Verlautbarung von Seiten des Reichsgerichts stellt in dieser Richtung ein durch ein eigenartiges Versehen veröffentlichter Urteilsentwurf [399] dar:

---

[392] Weitere solche oberstrichterliche Urteile gibt ausführlich Nüse im Anhang seiner Schrift, S. 77—96 wieder.

[393] So schon RG 23, 48.

[394] So hat der in Anm. 389 genannte Urteilsentwurf das Ergebnis der früheren Rechtsprechung zusammengefaßt. Ähnlich Nüse, S. 14.

[395] RG 55, 44 ff. [396] RG 23, 47 ff.

[397] Nüse gibt die beiden Entscheidungen auf S. 15 und S. 16 in ihrem wesentlichen Teil wieder, knüpft daran aber die zu weit gehende verallgemeinernde Bemerkung, die reichsgerichtliche Rechtsprechung zur Wahlfeststellung sei „nicht einheitlich gewesen".

[398] RG Entwurf JW 1934, 294 ff zitiert Zeiler, Rumpf, v. Hippel und Nüse.

[399] JW 1934, 294—300; beachte S. 366.

Die alte Anschauung verlange „eine gegen das Rechtsgefühl verstoßende Freisprechung", das sei „unerträglich", die „vom Rechtsgefühl geforderte Verurteilung" müsse möglich sein; „ein Schuldspruch auf Grund wahldeutiger Feststellung" entspreche „der Natur der Sache" (ein höchst vages Argument), der „Aufgabe des Richters" (auch wenn der Gesetzgeber trotz Mahnung schweigt?), „dem Bedürfnis der Rechtspflege" usw. Im übrigen müsse man auch „die Wirksamkeit irrationaler Momente bei der Rechtsprechung" anerkennen. — Schon die Häufung dieser allgemeinen Wendungen, denen auf den Grund zu gehen eine mühevolle und über unseren Rahmen hinausführende Aufgabe wäre, zeigt, daß das Reichsgericht einen erheblichen Anlauf für notwendig hält, um schließlich zu dem Satz zu kommen, der, wenn das Reichsgericht ihn für überzeugend hielte, allein genügen müßte: „Die von ihr (der Rechtsprechung) selbst gezogene (nicht bloß festgestellte?) Grenze" könne nicht mehr eingehalten werden, eine gesetzliche Bestimmung stehe einer Änderung der Rechtsprechung nicht entgegen.[400]

b) Ein solcher Urteilsspruch mußte auf Widerstand stossen.[401] Die Vereinigten Strafsenate haben eine erhebliche Milderung dieses Entwurfes beschlossen,[402] sind aber immerhin von der herrschenden Rechtsprechung wenigstens in einem Fall (Diebstahl: Hehlerei) abgewichen: „Würden ‚wahldeutige Feststellungen' . . schrankenlos zugelassen, so würde das Gewicht der geistigen Arbeit, die der Richter zu leisten hat, um das Bild des von der Klage erfaßten Lebensvorgangs in sich zu gestalten, von der Bejahung in die Verneinung übergehen. . Eine solche verneinende Stellungnahme ist jedoch einer Täuschung . . noch weit mehr ausgesetzt als das bejahende Fürwahrhalten eines Geschehens, das in allen rechtlich wesentlichen Zügen erkannt wird."

---

[400] Hier zitiert das RG zur Begründung dieser Behauptung, das Gesetz stehe nicht dagegen, die oft angeführte Stelle aus den Materialien, Halm, S. 224, wo unter Nachweisen aus dem Schrifttum zuerst dargelegt wird, daß diese Frage wissenschaftlich noch nicht entschieden sei, daß der Gesetzgeber daher eine Fassung gewählt habe, „durch welche die Stellung, alternativer Fragen (an die Geschworenen) nicht ausgeschlossen wurde". Das RG übersieht hier aber auch, daß diese Stelle nur vom alten § 292 StPO (Fassung der Fragen an die Geschworenen) handelt, daß aber § 267 I, 1 StPO (die gesetzlichen Merkmale „der Handlung", Einzahl!), wie oben dargelegt, gegen die Zulassung der Alternativfeststellung spricht, ohne daß es noch einer Auslegung mit Hilfe von Motiven bedürfte.

[401] Es mag in diesem Zusammenhang genügen, auf H. Mayers eingehende Anm. JW 1934, 294 ff zu verweisen, die ausgezeichnete Gegengründe bringt, z. B. den, daß es (da wir den Gesetzgeber nun einmal haben) dem Gesetzgeber überlassen bleiben muß, ob strafwürdiges Verhalten bestraft werden soll. Es gebe auch andere Fälle, in denen der Gesetzgeber von einer verdienten Strafe absehe (wozu noch das Niederschlagungsrecht des Staatschefs anzuführen wäre). Mit Recht weist Mayer namentlich darauf hin, daß sich die Schwierigkeiten aus dem Wortlaut des § 267 StPO „nicht so leicht abtun" lassen. [402] RG 68, 257 ff.

Daher sei die völlige Preisgabe der alten Grundsätze abzulehnen, jedoch eine Ausnahme einzuräumen[403] für die „überaus zahlreichen“[404] Fälle des Diebstahls oder der Hehlerei.

Das Reichsgericht verkennt nicht, daß es damit über seinen Aufgabenkreis hinaus eine prätorische Wirkung entfaltet:[405] „Die Vereinigten Senate sind („über den regelmäßigen Aufgabenkreis hinaus“) .. zur Ergänzung einer im Verfahrensrecht[406] vorhandenen Gesetzeslücke mit dem Ziel rechtschöpferisch tätig zu werden, hiermit eine über den einzelnen Fall hinausgreifende Wirkung auf die Rechtsprechung .. auszuüben ...“ Diese Rechtsprechung nach Art des römischen Prätors, der „für sich allein beschließt, was er allein versteht“, entspricht unserem Standpunkt, verträgt sich aber wohl nicht mit unserer gegenwärtigen Straftrechtsordnung. Die häufige, eine viel beklagte Entscheidungsunlust verratende Wendung, wie die Frage grundsätzlich zu entscheiden sei, „könne dahingestellt bleiben“, findet sich in dieser „über den Einzelfall hinausgreifenden“ Entscheidung nicht. Die Senate bleiben der Richteraufgabe treu und sprechen davon, daß ein allgemeiner Mißstand Abhilfe erheische.[404]

Wir halten es für richtig, daß die Vereinigten Strafsenate die Lösung dieser Probleme ohne weltanschauliche Erörterungen versuchen; darüber gehen die Meinungen allerdings auseinander. Schaffstein und Nüse bemängeln die Entscheidung der Vereinigten Strafsenate in dieser Beziehung; Schaffstein schreibt in der Anmerkung zu diesem Beschluß der Vereinigten Strafsenate: „Jedenfalls fehlen .. im Verhältnis zum Urteilsentwurf nunmehr alle diejenigen Wendungen, welche auf die politische und staatsrechtliche Bedingtheit des Rechtsanwendungs- und Rechtsfindungsproblems Bezug nehmen.“ Die Strafsenate haben „jeden Hinweis auf den politischen Hintergrund ihrer Ausführungen vermieden“. Schaffstein macht es dem Reichsgericht beinahe zum Vorwurf, daß es auch „über alle tages politischen Schwankungen hinweg eine möglichst einheitliche Linie der Rechtsprechung innehalten möchte,“ und fordert ein „etwas entschiedeneres und offeneres Bekenntnis zur Gegenwart“.[407] Der erfahrene und angesehene Richter Senatspräsident am Reichsgericht Lobe[408]

---

[406] Die Senate nehmen hier entgegen unserer Meinung eine Lücke im Verfahrensrecht statt im sog. materiellen Recht an. [407] JW 1934, 2051, bes. 2052 [403] S. 260. [404] S. 262. [405] S. 259; vgl. Anm. 400.

[408] Lobe, GS 104, 163, 170; er wendet sich auch in dieser Beziehung gegen Nüse, dessen Ausführungen schon Mayer (JW 1934, 295 ff) „reichlich derb“ genannt hatte. — Nüse sagt nämlich zu Beginn seines Abschnittes „eigene Stellungnahme“, S. 30 ff: „Es gibt zwei Weltanschauungen (nur zwei?), die sich unversöhnlich gegenüberstehen: Der Individualismus .. und die organische Idee.“ In der Replik auf die Zurechtweisung Mayers geht Nüse (JW 1934, 463 ff, bes. 466), wieder von seiner „Weltanschauung“ (die er weiter unten auch „gesundes Volksemfinden“ oder „neue Staatsidee“ nennt, was nicht dasselbe ist) aus, „die das Ganze in den Vorder-

wendet sich mit Nachdruck gegen diese Versuche, aus einer juristischen Frage eine sogenannte weltanschauliche zu machen und schreibt denen, die ein „etwas entschiedeneres Bekenntnis zur Gegenwart" und zu „tagespolitischen Schwankungen" fordern, das Wort ins Stammbuch, das Faust dem Famulus Wagner entgegenhält: „Was Ihr den Geist der Zeiten heißt, das ist im Grund der Herren eigner Geist." Denn „die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit alternativer Feststellungen im Strafurteil" hat „mit nationalsozialistischer Rechtsauffassung gar nichts zu tun". „Der Streit hierüber bestand schon vor dieser Bewegung und die Frage wurde bejaht oder verneint ohne jede politische oder soziale Weltanschauung."[408] Wir werden daher auf sogenannte weltanschauliche Hintergründe dieses Problems nicht eingehen, sondern bei einer juristischen Betrachtungsweise bleiben. Wir halten die Ansicht Lobes für richtig.

In sachlicher Beziehung wurde gegen diesen Beschluß der Vereinigten Strafsenate mit Recht eingewandt,[409] man hätte den besonderen Fall (Diebstahl, Hehlerei) nicht vom allgemeinen unterscheiden dürfen, man hätte ihn zumindest mit der beliebten Wendung des Reichsgerichtes dahingestellt sein lassen sollen. Die Gründe, die das Reichsgericht gegen die allgemeine Zulassung der Wahlfeststellung anführt, gelten in der Tat auch für jeden einzelnen Fall, insbesondere auch für den entschiedenen, da eine alternative Feststellung eine alternative Feststellung ist und es für die Notwendigkeit einer Abhilfe nicht darauf ankommen kann, ob ein Mißstand, wie die Strafsenate sich ausdrücken, überaus zahlreich oder nur vereinzelt ist.

c) Abweichend von dieser Auffassung der Vereinigten Strafsenate hat endlich der I. Senat[410] noch einmal Gelegenheit gehabt, zur Alternativfeststellung sich zu äußern, und hat „Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage" ohne jede Beschränkung zugelassen. Es wäre „unerträglich", wenn das Gericht trotz der Überzeugung, daß eine strafbare Handlung begangen sei, „freisprechen oder gewaltsam und gegen seine Überzeugung eindeutige Feststellungen treffen müßte". — Dieses Urteil ist schon deshalb bedenklich, weil es nach der Verkündung, aber vor dem Inkrafttreten des neuen § 2b StGB erlassen und in bewußter Abweichung von Art. 14 der Novelle vom 28. Juni 1935 den neuen Rechtszustand schon vor dem 1. 9. 1935 gelten lassen will. Darf ein Gericht,

---

grund ihrer Betrachtung stellt"; das Volk, die Gemeinschaft sei das „Erstwesentliche", ein „auf die Spitze getriebener Liberalismus" (nur der auf die Spitze getriebene?) — eine Wendung die S. 466 wiederkehrt — müsse (wieso?) „zu einem engstirnigen Formalismus" führen.

[409] Ebenfalls von Schaffstein a. a. O.

[410] Vgl. RG 69, 369 ff.

wenn es den Gesetzgeber schon anerkennen will, sich über die Vorschrift, die das Inkrafttreten der Gesetze regelt, hinwegsetzen?[411]

Wir haben diese Entscheidung, die wohl eine Art Husarenritt genannt werden darf, nur der Vollständigkeit halber angeführt.

III. VORAUSSETZUNGEN EINER SOGENANNTEN WAHLFESTSTELLUNG s

§ 2b StGB läßt eine alternative Feststellung unbeschränkt, namentlich auch eine alternative Tatbestandsfeststellung zu. Als Voraussetzungen verlangt er lediglich:

1. Die Unmöglichkeit einer eindeutigen Tatfeststellung.[412] Man hat gefürchtet, der Richter könnte die Frage, ob eine eindeutige Feststellung unmöglich ist, zu oberflächlich prüfen, und verlangt daher durch den gleichzeitig eingefügten § 267b II, 2 StGB, daß in den Urteilsgründen dargetan werde, weshalb eine eindeutige Feststellung nicht möglich war.
2. Die Unmöglichkeit, strafloses Verhalten anzunehmen. Damit haben es manche Untergerichte bisher zu leicht genommen.[413]

Das von der Rechtsprechung früher geforderte Erfordernis der Identität der Tat verlangt § 2b StGB nicht mehr.[414] Es sei nur bemerkt, daß man sich unter dieser Wendung nicht immer etwas Bestimmtes vorgestellt zu haben scheint.[415]

Die Folge dieser Voraussetzungen ist, daß der Täter „aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen" ist.[416]

---

[411] Mit der gleichen Begründung, daß es nämlich „unerträglich" sei, könnte das RG sich auch über die Verjährungsvorschriften oder über eine Niederschlagungsordnung hinwegsetzen.

[412] Vgl. jedoch Anm. 386.

[413] Vgl. z. B. OLG München, Urteil v. 12. 6. 36, DJ 36, 1499: „Die Feststellung muß auch so eingehend sein, daß die Möglichkeit einer irgendwie gearteten Straffreiheit (Niederschlagung, Mangel des erforderlichen Antrags) ausgeschlossen ist."

[414] Die amtliche Begründung sagt das ausdrücklich, S. 31: „Es gibt Fälle, in denen die materielle Gerechtigkeit es verlangt, über die Schranke, die das Erfordernis der Identität der Tat darstellt, hinwegzugehen."

[415] Eingehend handelt davon, namentlich auf Schwinges Klarlegungen (ZStW 52, 203 ff) fußend, Dünhaupt, S. 31 ff, bes. 35—38: Die Grenzen der Tateinheit (übrigens ein schon in anderer Hinsicht zum Fachausdruck gewordenes Wort) würden überschritten, „wenn kein Einzelakt aus dem Verhalten des Täters gleichzeitig jedem der (möglichen) Tatbestände angehört." Besonderes Gewicht legt er mit Schwinge auf die Einheit der Rechtsgutverletzung, ein wertendes Merkmal, das die Entscheidung von der zufälligen äußeren Gestaltung des Sachverhaltes unabhängig mache. Diese setzt er bezüglich der Zulässigkeit der sogenannten Wahlfeststellung mit der Identität der Tat gleich. Auch Graf zu Dohna vertritt diese Ansicht: ZStW 55, 577; er tritt für die Alternativfeststellung ein bei „rechtlich verschieden gewerteten Angriffen auf das gleiche Schutzobjekt".

[416] S. über die Schwierigkeiten der Feststellung des mildesten Gesetzes im Sinn des § 2b StGB Zanders beachtliche Schrift.

Nach dieser Klarstellung des Begriffs der Alternativfeststellung und einer Übersicht über ihre Entwicklung und Voraussetzungen, sei nun auf die Bedeutung der sogenannten Wahlfeststellung für die vermögensrechtlichen Tatbestände eingegangen. Wir haben die vermögensrechtlichen Tatbestände auch hier wieder deshalb gewählt, weil sie die Gerichte am häufigsten beschäftigen und weil sie es waren, die das Problem der Wahlfeststellung haben brennend werden lassen.[417] Im übrigen gilt auch hier, daß an einer Einzelfrage allgemeine Probleme am schärfsten beleuchtet werden können.

C Loslösung des Richters von der Bindung an einen Tatbestand

I. DIE GRADE EINER ALTERNATIVEN FESTSTELLUNG

Wir haben gesehen, daß ohne das Erfordernis der Tatbestandsmäßigkeit die Frage, ob eine alternative Tatbestandsfeststellung zulässig ist, nicht hätte entstehen können. Der Richter hätte einfach Schuld und Unrecht festgestellt und ihnen die Strafe folgen lassen.[418]

Wir unterscheiden verschiedene Grade einer alternativen Feststellung und werden unsere Ausführungen daher nach folgendem Gedankengang gliedern: Erstrebenswert ist, daß ein Lebensvorgang, soweit er strafrechtlich erheblich ist, so vollständig aufgeklärt wird, daß alle gesetzlichen Merkmale eines Tatbestandes erfüllt sind; ist dies unmöglich, so muß zu einer Notlösung,[419] nämlich zur sogenannten Wahlfeststellung gegriffen werden. Die Unerwünschtheit einer nur alternativen Feststellung steigt, je nachdem es sich handelt um rechtlich unbedeutende, rechtlich weniger bedeutende oder rechtlich sehr erhebliche Unterschiede der nur alternativ festgestellten Möglichkeiten. Innerhalb der rechtlich mehr oder weniger bedeutenden Unterschiede alternativer Möglichkeiten ist eine alternative Feststellung noch am wenigsten unerwünscht, wenn es sich nur um Modalitäten des nämlichen Tatbestandes handelt, unerwünschter, wenn es sich um verschiedene Tatbestände einer unter einem gleichen Gedanken zusammengefaßten Deliktsgruppe (z. B. des Vermögensrechtes) handelt, am unerwünschtesten und heute noch umstritten, wenn es sich um die alternative Feststellung von Delikten gegen ver-

[417] Mezger sagt mit Recht DJZ 1936, 602: „Die wichtigsten Anwendungsfälle der sog. Wahlfeststellung werden auch künftig auf dem Gebiet der Vermögensdelikte und der freieren Handhabung ihrer Tatbestände liegen."

[418] Vgl. Anm. 375.

[419] Zander, S. 28—29 spricht mit Recht im Hinblick auf § 2b StGB von einer „Notlösung zur Verwirklichung des staatlichen Strafanspruchs", von einer „lückenschliessenden Ergänzungsbestimmung" (S. 24).

schiedene Rechtsgüter (Geschlechtsehre: wirtschaftliches Vermögen) handelt. Der äußerste Fall ist, daß es sich um die alternative Feststellung von Möglichkeiten handelt, die nicht mehr alle strafbar sind; in diesem Fall muß unbestritten freigesprochen werden. Vgl. zu dieser unserer Einteilung die folgende Skizze.

Skizze[420]

I. Tatsächliche Möglichkeiten, deren Unterschied rechtlich unerheblich ist (dieselbe Ausführungsart desselben Tatbestandes; Dieb stiehlt am Samstag oder am Montag).

II. Tatsächliche Möglichkeiten, deren Unterschied rechtlich erheblich ist, weil er

1. verschiedene Ausführungsarten desselben Tatbestandes bedingt (Diebstahl mittels Einbruchs oder Einsteigens);

2. verschiedene Tatbestände bedingt und zwar:

a) entweder innerhalb einer Deliktsgruppe, deren Tatbestände dasselbe Gut schützen (Diebstahl oder Hehlerei),

b) oder nur innerhalb des Strafrechts überhaupt, ohne daß die in Frage kommenden Tatbestände dasselbe Rechtsgut schützen (Betrug: Abtreibung).

III. Tatsächliche Möglichkeiten, die nicht alle, von denen aber wenigstens eine straflos ist.

An Hand dieses Schemas erinnern wir uns daran, daß das Reichsgericht nicht von einem Verbot der alternativen Feststellung schlechthin gesprochen hat, sondern immer nur von der Ziehung einer Grenze, jenseits deren eine alternative Feststellung unzulässig sei. Diese Grenzziehung stellt nun das eigentliche

[420] Die Unerwünschtheit einer Verurteilung steigt in der Skizze von oben nach unten; die den alternativ festgestellten Möglichkeiten gemeinsamen Unrechtselemente liegen entsprechend dem schwarzen Strich bei weniger erwünschten Verurteilungen weiter auseinander, als bei den noch eher erwünschten.

Problem der alternativen Feststellung dar. Im genannten Beschluß der Vereinigten Strafsenate wurde sie unter Bezugnahme auf die frühere Rechtsprechung[421] („wo lediglich verschiedene Ausführungsarten desselben Verbrechens oder Vergehens in Betracht kommen, die, auch wenn sie in verschiedenen Vorschriften untergebracht sind, doch keinen verschiedenen Tatbestand ergeben und vom Gesetz als gleichwertig angesehen werden")[422] für den Fall Diebstahl:Hehlerei ausnahmsweise im Sinne einer gerechten Verurteilung verschoben und die alternative Feststellung bezüglich zweier verschiedener, allerdings das gleiche Rechtsgut (Vermögen) schützender Tatbestände zugelassen. Hier konnte also § 2b StGB nur mehr rechtserklärende Bedeutung haben. Er kann daher nur für die Fälle eine Änderung unserer Rechtsordnung bedeuten, bei denen das Reichsgericht eine alternative Feststellung noch nicht zugelassen hatte; dies sind, von dem Fall Diebstahl:Hehlerei abgesehen, die Fälle, bei denen verschiedene Tatbestände in Frage stehen. Daß der I. Senat darüber hinaus (in der unter B II 2 c genannten Entscheidung) die alternative Feststellung unbeschränkt zugelassen hat, bedeutet keine noch weitergehende grundsätzliche Änderung des Rechtszustandes, da § 2b StGB bei Erlaß dieses Urteils schon verkündet, aber nicht in Kraft getreten war.

Vor unseren Einzeluntersuchungen sei es gestattet, auch in diesem Abschnitt einen Fachausdruck vorzuschlagen und von einer Tatbestandsalternative zu sprechen. Darunter verstehen wir die Summe der Voraussetzungen, deren rechtliche Würdigung eine alternative Feststellung von Tatbeständen ermöglicht; dazu gehört, daß neben den festgestellten Möglichkeiten eine weitere, straflose Möglichkeit nicht vorliegt.

Daß wir bei den vermögensrechtlichen Alternativtatbeständen und Tatbestandsalternativen noch weniger als bei den entsprechenden Tatbeständen alle Möglichkeiten auch nur andeuten können, versteht sich; wir werden daher wieder eine Reihe von Fällen herausgreifen, die sich für unsere Darstellung besonders eignen.

Von der alternativen Feststellung rechtlich unerheblicher Tatsachen werden wir nicht eigens sprechen; ihre Zulässigkeit wurde nie bestritten.[423] Von der alternativen Feststellung von Tatbestandsmerkmalen, die lediglich Ausführungsarten des nämlichen Tatbestandes bedingen, soll zuerst die Rede sein; zu ihnen gehört auch die alternative Feststellung von gesetzlichem und entsprechendem Tatbestand desselben Paragraphen. Dann handeln wir von den Tatbestandsalternativen, die nur mehr ein Vermögensdelikt neben einem oder mehreren außervermögensrechtlichen Tatbeständen enthalten.

---

[421] RG 68, 257 nennt hier bes. RG 53, 231 u. 56, 61. [422] RG 68, 257 f.
[423] Auch Oetker gibt das zu, GS 106, 418.

II. ALTERNATIVFESTSTELLUNG VON AUSFÜHRUNGSARTEN DES NÄMLICHEN TATBESTANDES

1. Wenn es sich um gesetzliche Tatbestandsmerkmale handelt

Das Reichsgericht hat sich, wie wiederholt erwähnt, die Formel geschaffen, daß eine alternative Feststellung von Tatsachen möglich ist, wenn sie lediglich verschiedene Ausführungsarten desselben Deliktes bedingen, und hat daher — die regelmäßige Folge von gesetzgeberischen Unzulänglichkeiten — eine reiche Kasuistik entwickelt;[424] einige grundsätzliche Fälle seien genannt:

a) innerhalb der Hehlerei

Innerhalb des Tatbestandes der Hehlerei hat das Reichsgericht eine alternative Feststellung zugelassen; so gleich in einer der ersten Entscheidungen des Reichsgerichtes[425] die Alternative „weiß oder den Umständen nach annehmen muß": „Der angeführte § 259 StGB stellt .. nicht .. zwei besondere Tatbestände auf, sondern gibt in subjektiver Richtung nur die Modalitäten an, unter welchen das Delikt der Hehlerei begangen werden kann, und droht für beide Fälle, sowohl wenn der Handelnde wußte als wenn er den Umständen nach annehmen mußte, daß die Sachen mittels einer strafbaren Handlung erlangt waren, dieselbe Strafe an." Die Entscheidung geht dann auf die Motive zu § 259 StGB ein: „In den Motiven .. wird im Gegensatze zu dem preußischen Strafgesetzbuch .., welches das Wissen um die Erlangung mittels eines Vergehens oder Verbrechens erforderte, zur strafbaren Hehlerei für genügend erklärt, wenn der Täter den Umständen nach annehmen mußte, es seien die in Rede stehenden Sachen durch eine strafbare Handlung erlangt. Bei der Gleichheit jener beiden Fälle sowohl rücksichtlich des Tatbestandes als der gesetzlichen Strafandrohung gegenüber, ist die Zulässigkeit der alternativen Feststellung nicht zu bemängeln." Wir haben diese noch etwas umständliche und unbeholfene Formulierung deshalb ausführlich wiedergegeben, weil sie zeigt, wie zögernd das Reichsgericht in dieser früheren Entscheidung (1880) die Grenzlinie zwischen zulässiger und abzulehnender Alternativfeststellung gezogen hat; eine Ausführung darüber, inwiefern das Gesetz „jene beiden Fälle" „rücksichtlich des Tatbestandes" als gleich behandelt hat, fehlt, wie das Reichsgericht es überhaupt unterlassen hat, zu erklären, was es unter Tatbestand versteht.

[424] S. eine Aufstellung der wichtigsten RG-Entscheidungen von Fällen zugelassener und abgelehnter alternativer Feststellung bei Nüse, S. 17—19 nach Paragraphen des Strafgesetzbuches geordnet, und RG im Urteilsentwurf JW 1934, 296 f zeitlich geordnet. [425] RG Rspr. 1, 778.

In einem ähnlichen Fall „an sich bringt oder zu deren Absatz bei anderen mitwirkt", hat sich das Reichsgericht ohne weitere Begründung ein Jahr später[426] auf die genannte Entscheidung berufen: „Die Zulässigkeit einer solchen alternativen Feststellung kann aber nicht zweifelhaft sein, da in beiden Fällen der Tatbestand des in dem § 259 .. vorgesehenen Vergehens vorhanden und die gesetzliche Strafandrohung dieselbe ist (vgl. RG Rspr 1, 777)." Das Reichsgericht hebt hier lediglich die entscheidenden Punkte heraus: Der Tatbestand und die vorgesehene Strafandrohung seien in beiden Fällen dieselbe. Es unterläßt aber, die Begriffe näher zu erklären und abzugrenzen.

Noch kürzer faßt sich RG 51, 184: „Auch ist die wahlweise Feststellung von Ankaufen und Zumpfandnehmen nicht zu beanstanden, da es sich dabei nur um zwei Unterarten des Ansichbringens .. handelt." Da klingt wohl die Formulierung der zuerst genannten Entscheidung noch nach, worin auf den Tatbestand und dessen Gleichheit abgestellt war. Den gleichen Fall hat RG 56, 61 unter Hinweis auf die „ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts" ebenso behandelt; eine wahlweise Feststellung sei da zulässig, „wo es sich lediglich um verschiedene Ausführungsarten eines und desselben Vergehens handelt, die keinen verschiedenen Tatbestand ergeben und von dem Gesetz als gleichwertig angesehen werden." Diese Entscheidung geht aber auf das Tatbestandsproblem näher ein: „Die Annahme verschiedener Ausführungsarten eines und desselben Vergehens hat nicht zur notwendigen Voraussetzung, daß das Gesetz selbst einen Grundtatbestand aufstellt und aus diesem durch Hinzufügung besonderer Umstände eine Reihe weiterer Tatbestände bildet, die schon rein äußerlich als verschiedene Formen des einen Grundtatbestandes erscheinen, wie das vielfach bei einzelnen voneinander abweichenden Erschwerungsgründen desselben Vergehens zutrifft; sie ist vielmehr überall da gerechtfertigt, wo die mehreren nach den Gesetzesworten vorliegenden Tatbestände (also doch „Tatbestände" und nicht bloß Ausführungsarten?) nur verschiedene Wege zur Verwirklichung desselben von dem Gesetzgeber mißbilligten Erfolgs darstellen." Hier ist festzuhalten, wo der Konstruktionsfehler liegt. Zuerst wird gesprochen von „verschiedenen" Ausführungsarten .. desselben Vergehens. Weiter unten wird gesagt, eine solche Annahme sei überall da gerechtfertigt, wo die mehreren „Tatbestände" nur verschiedene Wege zum zu mißbilligenden Erfolg seien. Das Reichsgericht gebraucht das Wort Tatbestand hier für verschiedene Begriffe: Einmal als Oberbegriff, unter den verschiedene Ausführungsarten fallen, sodann für diese Unterarten selbst, die es „mehrere nach den Gesetzesworten vorliegende Tatbestände" nennt. So löblich der Versuch ist, zu einer alternativen Feststellung

[426] RG Rspr 3, 815.

zu gelangen, mit einem Denkfehler und einem Wortspiel darf die Lösung nicht erkauft werden. Das Reichsgericht hat also, darauf kommt es uns an, in dieser Entscheidung wieder nicht dargelegt, worauf bei der Unterscheidung zwischen bloßer „Ausführungsart eines Tatbestandes" und „einem andern Tatbestand" abgestellt werden soll; es fährt mit einer Verlegenheitswendung fort: ob die nach den Gesetzesworten vorliegenden verschiedenen Tatbestände wirklich verschiedene Vergehen oder nur verschiedene Formen desselben Vergehens bildeten, müsse in jedem Fall besonders entschieden werden. Nach welchen Gesichtspunkten? Ohne wirkliche Begründung wird dann festgestellt: „Für die Tatbestandsmerkmale des Verheimlichens und des Ansichbringens muß das letztere angenommen werden. Bei beiden liegt der gesetzgeberische Grund für die Bestrafung .. in der ihnen vorausgegangenen Tat und in der Wirkung, die sie in Verbindung mit der früheren Tat ausüben. Die Aufrechterhaltung, Sicherung und Verschärfung des rechtswidrigen Eingriffs in fremdes Vermögen .. ist es, die der Gesetzgeber .. verhüten wollte. Aus diesem Gesichtspunkt erscheinen beide Tatbestände (nicht „Ausführungsarten"?) nur als verschiedene gleichgerichtete Einwirkungsweisen auf dasselbe Rechtsverhältnis." Dieser Gedankengang führt, wenn man ihn zu Ende denkt, zu dem eingangs abgelehnten[427] W a c h schen Mischtatbestand. Unter irgendeinen Gesichtspunkt, z. B. den des Schutzes fremden Vermögens, lassen sich „mehrere nach den Gesetzesworten vorliegende Tatbestände" immer bringen; schließlich sind dann alle Tatbestände „nur verschiedene Verwirklichungen desselben vom Gesetzgeber mißbilligten Erfolgs", den man äußerstenfalls auch im Schutz der Rechtsordnung und in der Bestrafung des Übeltäters überhaupt sehen kann.[428]

b) i n n e r h a l b d e s s c h w e r e n D i e b s t a h l s

Innerhalb der Tatbestände des schweren Diebstahls hat das Reichsgericht in einzelnen Fällen ebenfalls eine alternative Feststellung getroffen. RG 55, 229 f läßt alternative Feststellung von Diebstahl mittels E i n b r u c h s und Diebstahl mittels f a l s c h e r S c h l ü s s e l zu. Das seien nur „gleichwertige Ausführungsarten derselben Straftat," da „.. sämtliche in den verschiedenen Nummern des § 243 StGB aufgeführten Erschwerungsgründe des Diebstahls vom Gesetz, das für sie alle die gleiche Strafe festsetzt, als gleich schwer und gleichwertig angesehen werden." Nun sucht das Reichsgericht den Obergedanken, unter den man die beiden

[427] Vgl. S. 6 ff.

[428] Hier mag an die Wendung M e z g e r s , Lehrb. S. 81 erinnert sein, der zur Auslegung der Gesetze auch den Zweck der Rechtsordnung und den „immanenten Zweck des Rechtes selbst" heranzieht.

„Ausführungsarten" als unter einen den Tatbestand gleichsam erst erzeugenden Oberbegriff bringen könnte; es „handelt sich doch in beiden Fällen in gleicher Weise um einen zum Zweck des Diebstahls verübten Angriff auf den durch die verschlossene Türe gebildeten Teil der äußeren Umfriedung des Gebäudes und auf den Schutz, den die Sperrvorrichtung des Türschlosses sowohl gegen gewaltsamen Diebstahl aus dem Gebäude (§ 243 I Ziff. 2) als auch gegen Diebstahl durch ordnungswidrige ‚Eröffnung' des ‚Zugangs' zu dem Gebäude (§ 243 I Ziff. 3 StGB) gewährte." Es sei in beiden Fällen die gleiche Schutzwehr gegen „diebisches Eindringen" gewesen, die der Angeklagte angegriffen habe. „Wie wenig .. die verschiedenartige Ausführung dieses Angriffs .. einen die Wahlfeststellung ausschließenden Tatbestand ergibt", gehe schon daraus hervor, „daß in solchen Fällen vielfach der Gebrauch eines Nachschlüssels .. und die Anwendung von Gewalt miteinander verbunden werden und ineinander (!) übergehen" (S. 230). Wie das Reichsgericht dazukommt, die Grenze zu finden zwischen Zwecken des Gesetzes, die einen anderen Tatbestand, und Zwekken, die nur eine andere Ausführungsart desselben Tatbestandes bedingen, fragen wir vergeblich. Irgendeinen anderen Zweck hat doch eine andere Ausführungsart immer; das geht schon aus der Wahl eines eigenen Wortes und daraus hervor, daß der Gesetzgeber nicht einen den beiden Unterbegriffen gemeinsamen Oberbegriff gewählt hat.

So ist es schließlich auch zu erklären, daß das Reichsgericht bezüglich des gleichen Falles, nämlich in der Frage der Zulässigkeit einer Alternativfeststellung von Einsteigdiebstahl und Nachschlüsseldiebstahl (243 I Ziff. 2 oder 3), über seine eigene Konstruktion gestolpert ist und widersprechend entschieden hat: RG 23, 48 lehnt eine alternative Feststellung in diesem Falle ab. Die einzelnen Nummern des § 243 StGB bedingten verschiedene Tatbestände: „Das Strafgesetzbuch hat vielfach mehrere auf ganz verschiedenen Tatbeständen beruhende Normwidrigkeiten in einen einzigen Paragraphen .. zusammengedrängt und somit Gebote in einem Paragraphen gegeben, welche unter jene zweite .. Voraussetzung nicht gebracht werden können." Die einzelnen Erschwerungsgründe des § 243 StGB seien nicht gleichen Charakters. Schon daraus, daß die Erschwerungsgründe teils in der Person des Täters (Nr. 6,5), teils in der Art der Ausführung der Tat lägen, müsse „gefolgert werden, daß eine jede die Nummern des Paragraphen umfassende alternative Feststellung als zulässig nicht zu erkennen ist" (S. 49), aber nicht einmal die Nummern, die sich nur auf die gleiche straferschwerende Ausführungsart beziehen, könnten alternativ festgestellt werden. Es dürfe nicht verkannt werden, fährt das Reichsgericht zu diesem Punkt in übertrieben formalistischer Weise fort, „daß auch diese drei Nummern des § 243 StGB (nämlich Nr. 2, 3, 7) durchaus verschiedene Tatbestände bedingen",

denn schon die Verschiedenheit der Nummern des Paragraphen[429] mache es unmöglich, in den Urteilsgründen das angewandte Strafgesetz, wie es vorgeschrieben sei, anzuführen. Im übrigen bilde das „besondere Moment" jeder einzelnen Nummer des Paragraphen „wesentliche Teile des gesamten Tatbestandes" (nicht bloß verschiedene Ausführungsarten?); dies könne „nicht in Zweifel gestellt werden." — RG 55, 44 ff läßt im Gegensatz hierzu eine alternative Feststellung (§ 243 I Ziff. 2 oder 3 StGB) zu, noch dazu ohne die Vereinigten Strafsenate zu befragen.[430] Es handelte sich, so sagt diese Entscheidung, um keine verschiedenen Tatbestände; „denn bei der einen wie bei der anderen Ausführungsart kommt nur ein Eindringen in das Gebäude unter Überwindung des entgegenstehenden Hindernisses durch ordnungswidrige Zugangseröffnung in Betracht"; außerdem neige, so bekennt das Reichsgericht, wenigstens die neue Rechtsprechung des Reichsgerichts .. unverkennbar dazu, verwandte Tatbestände einander gleichzustellen und, wie dies der erkennende Senat ebenfalls für erforderlich halte, schon der Rechtssicherheit halber[431] Wahlfeststellungen in weiterem Umfange zuzulassen.

Aus diesem Beispiel erhellt, daß das Reichsgericht sich mit der gewundenen Konstruktion „nur verschiedene Ausführungsarten desselben Delikts" bemühte, verwandte Tatbestände einander gleichzustellen, um so entgegen dem gesetzlichen Wortlaut einen von der Gerechtigkeit geforderten Richterspruch erlassen zu kön-

[429] Im Gegensatz zu dieser äußerlichen Auslegung des Gesetzes hat RG 35, 301 sich auf den Standpunkt gestellt, „daß es sich in dem Falle des § 270 nicht um einen von dem § 267 verschiedenen Tatbestand handelt", eine alternative Feststellung zwischen § 267 u. 270 also trotz der „Verschiedenheit der Nummern des Paragraphen" (RG 23, 49) möglich sei.

[430] Das RG entschuldigt diesen viel gerügten horror pleni wieder mit der Wendung, es handle sich doch nicht um den gleichen Fall; der Erschwerungsgrund des Einsteigens (Nr. 2), und der der Anwendung falscher Schlüssel (Nr. 3) könne alternativ festgestellt werden; „ob die gleiche Annahme gerechtfertigt wäre, wenn es sich um Einbruch oder Anwendung falscher Schlüssel, um Einsteigen oder Einschleichen, um Einbruch oder Einsteigen handelt, Fälle in denen RG 23, 47 (und andere) .. das Vorliegen verschiedener Tatbestände bejaht und deshalb eine Wahlfeststellung für unzulässig erklärt hat, kann dahingestellt bleiben." In Wirklichkeit ist es dieselbe Frage, nämlich die, ob die Nr. 2 und 3 des § 243 StGB verschiedene Tatbestände bedingen, eine Frage, die RG 23, 47 in jeder Beziehung, auch bezüglich der Frage Einsteigen oder Anwendung falscher Schlüssel verneint hatte. Im übrigen sei der IV. Senat, der die Entscheidung RG 23, 47 gefällt habe, von seiner Auffassung abgewichen (also scheint es sich doch um dieselbe Frage zu handeln, sonst wäre diese Feststellung nicht nötig gewesen?), ohne die Vereinigten Strafsenate anzurufen.

[431] Was mit dieser Rechtssicherheit gemeint ist und wieweit eine alternative Feststellung in ihrem Interesse liegt, sagt das RG jedoch nicht. Es soll auf diesen Punkt nicht näher eingegangen, jedoch bemerkt werden, daß der wiederholt erwähnte Entwurf des I. Senates (JW 1934, 298) diese Unklarheit benützt hat und wissen will, daß mit Rechtssicherheit an dieser Stelle (RG 55, 45) „die allgemeine Sicherheit, der Schutz des Volkes und der Volksgenosen vor dem Verbrecher gemeint ist."

nen. Möglich war diese Verschwommenheit nur, weil weder das Reichsgericht noch die Rechtslehre Grundsätze dafür zur Hand hatten, wie im Einzelfall mit Hilfe des Gesetzestextes ein Tatbestand von einer bloßen Tatbestandsmodalität abgegrenzt werden kann.

c) „Diebstahl oder Hehlerei" als besonderer Fall

Daß es dem Reichsgericht mit dem Versuch die „Ausführungsarten" von „verschiedenen Tatbeständen" abzugrenzen, nicht ernst war, zeigt die Behandlung der alternativen Feststellung im Falle Diebstahl:Hehlerei. RG 53, 232 sagt: „In feststehender Rechtsprechung . . hat das Reichsgericht eine sogenannte wahlweise Feststellung da für unzulässig erklärt, wo verschiedene Tatbestände in Frage stehen." Daher sei eine sogenannte wahlweise Feststellung der Delikte des § 242 StGB und § 259 StGB nicht zulässig. „An dieser Rechtsprechung ist auch gegenüber vereinzelten (nur vereinzelten?) in der Wissenschaft erhobenen Angriffen nach Lage der Gesetzgebung und der Rechtssicherheit halber[432] festzuhalten." — Die Vereinigten Straftsenate[433] haben demgegenüber beschlossen: „Eine Willenserklärung des Gesetzgebers liegt nicht vor", die „überaus zahlreichen"[434] Fälle, bei denen Diebstahl oder Hehlerei nur alternativ festgestellt werden konnten, erfordere die „Einräumung einer Ausnahme von den im übrigen festgehaltenen Grundsätzen". Daß es sich hierbei um verschiedene Tatbestände handelt, wurde zugegeben, von diesem bisher so streng festgehaltenen Erfordernis aber nicht weiter gesprochen, sondern nur gesagt: Die Zulassung der alternativen Feststellung trage „insbesondere dem allgemeinen Rechtsempfinden insoferne Rechnung,

[432] Diese Entscheidung lehnt eine alternative Feststellung also u. a. „der Rechtssicherheit halber" ab. RG 55, 45 hat sie, wie wir erwähnt haben, „der Rechtssicherheit halber" zugelassen. Es scheint mit der Wendung „Rechtssicherheit" damals so gegangen zu sein, wie heute gelegentlich mit dem „gesunden Volksempfinden". — Bendix unternimmt eine „eingehende Betrachtung über den Sinn und die Vieldeutigkeit dieses . . Begriffs" S. 3. In seiner Schrift („Das Problem der Rechtssicherheit" 1914) fragt er mit Recht: „Was wird nicht alles stillschweigend unter Rechtssicherheit verstanden" und weist, was wir unterstreichen möchten, darauf hin (S. 4), daß darunter jedenfalls auch „die Sicherheit des Rechtes" verstanden werden muß. Man müsse sich aber damit begnügen, stets hervortretende und niemals vollständig zu überwindende Unsicherheitsfaktoren auf ein Mindestmaß zurückzuführen (S. 16), „das Ideal einer absoluten Rechtssicherheit" müsse fallen gelassen werden (S. 17), was uns etwas zu pessimistisch klingt.

[433] RG 68, 257 ff, bes. 259.

[434] Nüse JW 1934, 464 will wissen, daß in einem Senat jährlich etwa 45 Fälle dieser Art anfallen, was uns übrigens gar nicht sonderlich viel dünkt, wenn man bedenkt, daß etwa eine halbe Million Verbrechen und Vergehen jährlich abgeurteilt werden (Statistik S. 20).

als dieses der Tat des Hehlers dieselbe sittliche Mißbilligung angedeihen läßt wie des Diebes" (des Stehlers). Wie wenig zwingend eine solche Begründung aus dem „allgemeinen Rechtsempfinden oder der allgemeinen sittlichen (nicht rechtlichen?) Mißbilligung" ist, soll hier nicht weiter erörtert werden; uns kommt es darauf an, zu zeigen, daß die Strafsenate sich von vorneherein von dem ungerechten, aber vom Gesetz geforderten Erfordernis der Tatbestandsmäßigkeit unter dem Druck der vielen Fälle und der mißbilligenden Veröffentlichungen haben abbringen lassen.

d) Künftige Behandlung dieser Alternativen ohne § 2b StGB?

Bevor wir die Fälle behandeln, bei denen eine Alternativfeststellung erst seit dem § 2b StGB zweifelsfrei zulässig ist, erhebt sich die, so weit wir sehen, noch nicht aufgeworfene Frage,[435] ob die Fälle, bei denen schon vor dem § 2b StGB eine alternative Feststellung zulässig war, künftig mit Hilfe des § 2b oder ohne ihn gelöst werden sollen. Die Frage ist keineswegs nur theoretisch. Sie hat wegen der Formulierung des Urteilssatzes erhebliche Bedeutung, da nur im Falle einer sogenannten Wahlfeststellung nach § 2b StGB, nicht auch, das ergibt sich aus dem Wortlaut des § 267b StPO, im Falle einer alternativen Entscheidung ohne § 2b StGB „der Angeklagte in der Formel nur der Verletzung des anzuwendenden Strafgesetzes schuldig gesprochen" ist.[436]

Die Gerichte haben jedenfalls in Fällen der Hehlerei oder des Diebstahls den neuen § 2b StGB angewandt und damit der Entscheidung der Strafsenate RG 68, 257 ff die Gefolgschaft verweigert. Denn sofern diese Plenarentscheidung richtig ist, bedarf es, so könnte man folgern, nicht der Vorschrift des § 2b StGB. Wir sind jedoch der Meinung, daß der Beschluß der Vereinigten Strafsenate nur als eine Vorwegnahme der gesetzlichen Regelung zu betrachten ist, zumal die Senatsmitglieder ausdrücklich als rechtsschöpferische Richter, nicht nur als gesetzesanwendende

---

[435] Lediglich Hauck kommt wenigstens in die Nähe dieses Problem (S. 26): „Wenn nun auch der § 2b StGB nur von mehreren Strafgesetzen redet, so kann eine Alternativfeststellung natürlich erst recht erfolgen, wenn lediglich verschiedene Ausführungsarten oder sonstige Alternativen (fällt auch der Fall der widersprechenden Eide darunter?) ein und desselben Strafgesetzes vorliegen." § 2b und § 267b StPO will er jedoch nicht anwenden; es sei „ebenso wie bisher zu verfahren." Hauck hätte den Unterschied der alternativen Feststellung im allgemeinen von der alternativen Tatbestandsfeststellung hervorheben sollen; zu einem Problem wird diese Frage ja erst bei den alternativen Tatbestandsfeststellungen, die das RG schon kurz vor dem § 2b StGB noch nach dem alten Gesetz zugelassen hat. Ist hier auch „ebenso wie bisher zu verfahren"?

[436] Diese Vorschrift einer eindeutigen Formel ist mit Recht gerügt worden, vgl. darüber unser Schlußkapitel.

Richter tätig wurden: „Zur Ergänzung einer im Verfahrensrecht vorhandenen Lücke . . rechtsschöpferisch tätig zu werden und damit eine über den Einzelfall hinausgehende Wirkung auszuüben" (S. 259). Erst recht wollen wir die eine alternative Feststellung nach Verkündigung, aber vor Inkrafttreten dieses § 2b StGB unbegrenzt zulassende Entscheidung des I. Senates[437] als eine Entscheidung betrachten, die nur eine Lücke des Gesetzes ausfüllt und daher nach dem Inkrafttreten des § 2 StGB keine Bedeutung mehr hat; wenn die Lücke (was die Urteilsformel angeht) anders geschlossen worden ist, als das Reichsgericht es haben wollte, so ist sie immerhin geschlossen; in diesen Fällen ist daher künftig § 2b StGB und § 267b StPO anzuwenden.

Anders aber bei den Fällen, in denen bisher gar keine Lücke im Gesetz bestand, sondern wo schon bisher keine verschiedenen Tatbestände vorlagen und daher eine alternative Feststellung zugelassen worden war. — Die Frage, wann eine bloße Ausführungsalternative und wann bereits eine Tatbestandsalternative vorliegt, ist also auch heute noch wichtig und bedarf, obwohl in beiden Fällen verurteilt werden kann, wegen der verschiedenen Art der Urteile einer Prüfung.

e) Unterscheidung zwischen Ausführungsalternative und Tatbestandsalternative

Die Rechtsprechung hat bei dieser Frage ebenso wie bei der im ersten Teil behandelten entsprechenden Anwendung der Strafgesetze dem Bedürfnis der Gerechtigkeit nachgegeben und auch hier die Grenze zu Ungunsten des Angeklagten verschoben; sie neigt, wie sie selbst gesteht, „unverkennbar dazu, verwandte Tatbestände einander gleichzustellen".[438] Tiefer ist sie aber nicht in diese Probleme eingedrungen.

Die Rechtslehre jedoch ist dieser Frage nachgegangen; Mezger teilt die Tatbestände in verschiedene Gruppen ein,[439] von denen hier die sogenannten zusammengesetzten Tatbestände[439] interessieren, wie er die Zusammenfassung verschiedener Tatbestände nennt, und von diesen nur eine Art, nämlich die sogenannten „kumulativen und die alternativen Mischtatbestände".[440] Bei

[437] RG 69, 269 ff. [438] RG 55, 44.

[439] Lehrb. S. 194 ff als „zusammengesetzte Tatbestände" nennt Mezger: 1) Mehraktige Delikte, 2) zusammengesetzte Delikte.

[440] Diese Bezeichnung stammt von Wertheimer, der sie auch näher erklärt und gerade mit Rücksicht auf die Frage der Zulässigkeit einer alternativen Feststellung gewählt hat, weil ihm die gelegentlich gebrauchte Unterscheidung zwischen selbständigen und unselbständigen Mischgesetzen „zu wenig prägnant" sei. — Gegen diesen auch von uns beibehaltenen Wortgebrauch Oetker, GS 106, 414, der diese Gegenüberstellung als „irreleitend, sachlich und sprachlich verfehlt" ablehnt.

den alternativen Mischtatbeständen, bei denen lediglich „mehrere Spielarten eines Falles“[441] genannt sind, handelt es sich um verschiedene Ausführungsarten (Spielarten) eines und desselben Tatbestandes, bei den kumulativen Mischgesetzen („mehrere Fälle“)[442] dagegen um verschiedene Tatbestände.

Die Schwierigkeit liegt nun darin, diese Grenze, die zugleich die Grenze der alternativen Feststellung ohne § 2b StGB gegenüber der mit § 2b StGB ist, in jedem einzelnen Fall und für jede einzelne Vorschrift zu ziehen. Wann hat die gesetzliche Aufzählung mit „oder“ innerhalb eines Paragraphen die Bedeutung eines kumulativen Mischtatbestandes und wann die eines alternativen?

Dieser Frage ist Wertheimer für die vermögensrechtlichen Tatbestände in seiner sorgfältigen Untersuchung[444] nachgegangen. Er hat die Gründe dieser Formulierung alternativer Mischgesetze gefunden und damit ein Unterscheidungsmerkmal aufstellen können: „Sprachliche Gründe“;[445] die Norm lasse sich „nicht so einfach bezeichnen“ und müsse vielfach so umschrieben werden, „daß sie alle denkbaren strafwürdigen Fälle deckt“. Es sei daher nötig, auf die Begehungsart der Normübertragung zurückzugehen und mehrere Begehungsarten aneinder zu reihen. Außerdem führe das Gesetz „für einen der deutschen Sprache fehlenden allgemeinen Begriff die Elemente desselben“ auf. In all diesen Fällen werde durch das „oder“ kein neuer Tatbestand geschaffen; dies sei aber im Einzelfall nicht immer leicht zu entscheiden, weil der Gesetzgeber „Inkonsequenzen und gesetzgeberische Fehler“ begangen habe;[446] ebenso könne aus einer Trennung in Paragraphen oder Nummern eines Paragraphen allein nichs gefolgert werden, weil sich der Gesetzgeber auch hier „nicht an ein bestimmtes Prinzip gehalten“ habe.[446]

Wir möchten den Gedankengang Wertheimers, der zur Lichtung dieses Dunkels nur anführt, je unklarer der Gesetzgeber sich ausgedrückt habe, um so sorgfältiger müsse die Interpretation sein,[446] weiterzuführen versuchen und glauben, daß die Unterscheidung zwischen kumulativem und alternativem Mischgesetz dadurch gefunden werden kann,[447] daß man in jedem einzelnen Fall fragt: Warum hat der Gesetzgeber hier „oder“ geschrieben? Hat er das getan, um eine Unzulänglichkeit der deutschen Sprache zu umgehen (alternatives Mischgesetz) oder um auszudrücken, daß er Wert darauf lege, daß gerade ein bestimmtes dieser durch „oder“ verbundenen Glieder, nicht nur

---

[441] So Mezger, S. 195. [442] Mezger a. a. O.

[444] Wertheimer, Die Mischgesetze des deutschen Straf-Gesetzbuches, Strafr. Abh. H 47. Uns interessieren besonders die Kapitel XIX—XXII, XXVI, die sich mit den vermögensrechtlichen Einzeltatbeständen befassen.

[445] a. a. O. S. 3 f. [446] a. a. O. S. 8.

[447] a. a. O. S. 18 wird es für möglich gehalten.

ihr gemeinsamer Oberbegriff als Urteilsbegründung (kumulatives Mischgesetz) bewiesen und genannt werden soll?

Hat der Gesetzgeber zwei Glieder mit „oder" verbunden, deren Oberbegriff mühelos auszudrücken gewesen wäre, so ist das ein Anhaltspunkt dafür, daß er ein kumulatives Mischgesetz formen wollte und lediglich wegen der Gleichheit der Strafe und um Paragraphen zu sparen, die beiden Tatbestände in einem Paragraphen oder in einem Satz zusammen genannt hat.

Zur Verdeutlichung mag folgendes Beispiel dienen: § 243 I Ziff. 4 StGB nennt nebeneinander den öffentlichen Weg, die Straße, einen öffentlichen Platz, eine Wasserstraße u. a. Wenn auf ihnen unter bestimmten Umständen gestohlen wird, handelt es sich um einen schweren Diebstahl. Hier mußte der Gesetzgeber die einzelnen Orte nebeneinander nennen, weil die deutsche Sprache kein Wort hat, das für die diesen Orten gemeinsamen Merkmale stehen könnte; dem Gesetzgeber kommt es aber nicht darauf an, ob der Diebstahlsort nun gerade ein Weg oder ein Platz ist, es genügt ihm die Feststellung, daß eines von beiden vorliegt; daher alternatives Mischgesetz.[448] — Sehr anschaulich ist das in der genannten Untersuchung,[448] wo mit Recht auf dieses sprachliche Kriterium Gewicht gelegt wird, genannte Beispiel aus § 823 BGB: „Wer vorsätzlich oder fahrlässig . . ." Hier wollte der Gesetzgeber offenbar sich nicht damit zufrieden geben, daß der Richter die Schuld als Oberbegriff des Vorsatzes und der Fahrlässigkeit feststellt, vielmehr will er genau wissen, ob Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegt: also kumulatives Mischgesetz.

In der von uns zugrunde gelegten Untersuchung[449] verbleibt es erfreulicherweise nicht bei einer allgemeinen Betrachtung des Unterschiedes zwischen kumulativem und alternativem Mischgesetz, sondern wird, was gerade für uns von Bedeutung ist, auf die einzelnen vermögensrechtlichen Tatbestände des Strafgesetzbuches eingegangen; sie werden Fall für Fall daraufhin untersucht, ob sie alternative oder kumulative Mischtatbestände enthalten.[450] Auch wir wollen an einigen Fällen des Strafgesetzbuches unseren Gedanken folgen:

Der die Diebstahlserschwerungsgründe museumsartig aufzählende § 243 I StGB enthält teils kumulative, teils alternative Mischgesetze.[451] Eine verschiedene Bedeutung hat man hier der Unterteilung der Erschwerungsgründe in einzelne Nummern beigelegt.[452] Es ist aber ebenso falsch, „alternative Fragestellung

[448] a. a. O. S. 8. [449] Vgl. Anm. 444. [450] a. a. O. S. 24 ff. [451] a. a. O. S. 51.

[452] Ganz abwegig ist die (in RG 55, 44 ff aufgegebene) Ansicht des RG 23, 49, „schon die Verschiedenheit der Nummern eines Paragraphen" verbiete eine alternative Feststellung; die äußerliche Nummerierung ist nur eine Frage der Zweckmäßigkeit und der Übersichtlichkeit; etwas Besonderes hat sich der Gesetzgeber dabei nicht gedacht. RG 35, 299 ff hat, was sich mit RG 23, 49 schlecht verträgt, alternative Feststellung sogar zwischen verschiedenen Paragraphen zugelassen, da es sich bei „§ 270 StGB nicht um einen von dem § 267 StGB verschiedenen Tatbestand handelt".

bezüglich der in verschiedenen Ziffern aufgeführten Tatbestände prinzipiell zu verneinen", wie es falsch wäre, „alternative Fragestellung bezüglich sämtlicher Tatbestände des § 243 StGB unbeschränkt zuzulassen". Auszugehen ist vielmehr von dem Grund des erschwerenden Tatbestandsmerkmals oder, wie das Reichsgericht[453] sagt, von dem „besonderen Moment". Dieses ist in jeder der Ziffern 1, 4, 5, 6, 7, wie dem Wortlaut zwanglos zu entnehmen ist, ein anderes, während die Ziffern 2 und 3 denselben Erschwerungsgrund enthalten, nämlich das ordnungswidrige Gelangen zu den zu stehlenden Sachen;[454] schon dieser umständliche, unschöne Ausdruck zeigt, daß der Gesetzgeber sich nur aus sprachlichen Gründen gezwungen sah, dieses „ordnungswidrige Gelangen" in seine einzelnen Merkmale aufzulösen. RG 55, 44 f führt richtig aus, daß in beiden Nummern nur ein „Eindringen in das Gebäude unter Überwindung des entgegenstehenden Hindernisses durch ordnungswidrige Zugangseröffnung" in Betracht kommt. Die Frage freilich, das soll nicht verschwiegen werden, bleibt noch zu lösen, warum der Gesetzgeber die einzelnen Arten der ordnungswidrigen Eröffnung eigens aufzählt und nicht einfach gesagt hat: „Wer aus einem Gebäude unter Überwindung von Hindernissen durch ordnungswidrige Zugangseröffnung . . ." Man wird nicht fehlgehen, wenn man auch hier von einer Uuzulänglichkeit der gesetzgeberischen Ausdruckskraft spricht, was schon deswegen gar nicht verwundern wird, weil selbst der juristisch weit besser als der Gesetzgeber geschulte Senat des Reichsgerichts erst im 55., nicht schon im 23. Band diese sprachliche Formulierung fand. Wem diese Feststellung ein unschöner Vorwurf dünkt, der kann dem Gesetzgeber freundlicherweise unterstellen, er habe der Verdeutlichung halber gerade bei diesem häufigen Delikt statt des allgemeinen Begriffs seine anschaulicheren Unterarten genannt.

Aus dem Dargelegten erhellt, daß es nicht angängig ist, bei der Feststellung „§ 243 I Ziff. 2 o d e r 3" einen Unterschied zu machen, je nachdem es sich um die eine oder andere der in Ziffer 2 oder 3 aufgezählten Arten der Zugangseröffnung handelt. RG 55, 44 nimmt diese überfeine Unterscheidung auch nur vor um darzutun, daß es sich doch „um einen anderen Fall" als den in RG 23, 47 ff. entschiedenen handelt, das Plenum also nicht anzurufen sei. Innerhalb des § 243 I gehören also nur die Nummern 2 und 3 zum gleichen Tatbestand; die anderen Nummern bedingen verschiedene Tatbestände und sind daher künftig nur mit Hilfe des § 2b StGB feststellbar. —

In § 246 StGB nennt das Gesetz „B e s i t z o d e r G e w a h r s a m" nebeneinander. Der Gesetzgeber hat hier lediglich statt eines Wortes zwei zwar juristisch verschiedene, aber im übrigen

[453] RG 23, 49.

[454] Ebenso die vielen in der genannten Untersuchung (vgl. Anm. 444) S. 31 genannten Schriftsteller.

gleichbedeutende Ausdrücke gesetzt.[455] Eine alternative Feststellung „Besitz oder Gewahrsam" wurde nie bestritten. Das Reichsgericht[456] führt diese Wendung sehr schön ebenfalls auf sprachliche Schwierigkeiten zurück: „Die Wahl beider Worte .. läßt sich aus dem Bestreben des Gesetzgebers erklären, der Unsicherheit zu begegnen, die bei dem Mangel fester Begriffsbestimmungen aus dem ausschließlichen Gebrauche eines derselben hätte entstehen können." Man müsse etwa, entsprechend der „in der Wissesnchaft wie in der Rechtsanschauung des Volkes (1904!) .. begründeten Verwandtschaft der Vergehen des Diebstahls und der Unterschlagung" eine Innehabung der Sache unter diesen beiden Worten verstehen, kein „wesentlich verschiedenes Verhältnis an der Sache".

In dem Kaufen, Zumpfandnehmen usw. des § 259 StGB sind nur verschiedene Ausführungsarten desselben Deliktes zu sehen. § 259 StGB kennt nur eine Hehlerei.[457] Alle die im § 259 StGB aufgezählten „Merkmale" sind „herausgegriffene Unterarten" der Hehlerhandlung,[458] so hat das Reichsgericht wiederholt entschieden,[459] jedoch nicht ohne gelegentlich Widerspruch zu finden.[460]

Unsere Untersuchungsmethode führt auch, um noch ein Beispiel zu nennen, bei den Tatbeständen des Raubes und der Erpressung zu einem Ergebnis; wie öfters ist im § 249 StGB (Raub) die Wendung „Gewalt oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" eine alternative Verbindung. Zur Unmöglichkeit, den gemeinsamen Oberbegriff im Deutschen auszudrücken, kommt hier noch, daß diese Wendung formelartig zu einem Hendiadyoin erstarrt ist und schon deshalb als eine Einheit aufgefaßt werden kann. — Für § 250 StGB (schwerer Raub) gilt das zu § 243 StGB (schwerer Diebstahl) Gesagte. Sämtliche Ziffern enthalten selbständige Delikte. Einen dem § 243 I Ziff. 2 oder 3 StGB nachgebildeten Tatbestand enthält § 250 StGB nicht.[462]

---

[455] Frank II 3 zu § 246 StGB: „durch diese Häufung soll .. Besitz im Sinn von Gewahrsam verstanden werden."

[456] RG 37, 200 mit Erwähnung des damaligen Schrifttums.

[457] Windel, S. 32.

[458] Windel, S. 31 mit Nachweisen aus der Rechtslehre.

[459] S. z. B. HRR 2, 261, die Ansichbringen oder Mitwirken zum Absatz alternativ feststellt; GA 65, 544; 56, 61 (Ansichbringen oder Verheimlichen); RG 51, 184 (Ankaufen oder Zumpfandnehmen).

[460] Schriftsteller anderer Meinung sind bei Windel, S. 31 genannt.

[462] Ebenso RG 56, 35, wenigstens für den Fall, bei dem Raub unter Mitführung von Waffen (Nr. 1) oder Raub zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude (Nr. 4), in Frage stehen: „Der Raub mit Waffen ist vom Gesetzgeber mit einer schweren Strafe bedroht, weil in dem Beisichführen von Waffen eine erhöhte Gefährlichkeit .. auch der Tat selbst zu erblicken ist. Andererseits sind Ort, Zeit und Art der unmittelbaren Ausführung der Tat für diesen Erschwerungsgrund ohne ausschlaggebende Bedeutung. Umgekehrt verhält es sich bei den in § 250 I Ziff. 4 vorgesehenen Begehungsformen des Raubes ..".

Die vielen anderen gleichartigen Fragen des Raubes und der Erpressung können, zumal wir eine kasuistische Aufzählung vermeiden wollen, nicht durchgegangen werden. Nur zwei vom Reichsgericht entschiedene Fälle sollen noch erwähnt werden: Erpressung durch Gewalt oder Drohung nach § 253 StGB o d e r durch Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben nach § 255 StGB kann, so hat das Reichsgericht mit Recht entschieden,[464] nicht alternativ festgestellt werden. Das Reichsgericht hat dieser Entscheidung keine eingehende Begründung beigefügt, sondern nur gesagt: Es scheine die Frage, „ob der Angeklagte das eine o d e r das andere von mehreren Delikten begangen habe, unzulässig". Daran ist wenigstens so viel richtig, daß bei der Aufzählung von Straftatbeständen in verschiedenen Paragraphen eine Vermutung für verschiedene Tatbestände spricht; hierzu kommt in diesem Falle noch, daß die beiden Straftaten verschieden starken Täterwillen und einen unterschiedlichen Vorsatzinhalt voraussetzen.

2. W e n n e s s i c h u m e n t s p r e c h e n d e T a t b e s t a n d s m e r k m a l e h a n d e l t

Wir haben gezeigt, daß eine alternative Feststellung ohne § 2 StGB zulässig war und ist, wenn im Gesetz Tatbestandsmerkmale genannt sind, die lediglich für die Ausführungsart eines Deliktes, nicht aber für den Tatbestandscharakter entscheidend sind. Vor die Tatbestandsmerkmale, deren alternative Feststellung ohne § 2b StGB nicht mehr möglich ist, weil sie verschiedene Tatbestände bedingen, schieben sich nun nach der Einfügung des § 2 StGB noch die e n t s p r e c h e n d e n T a t b e s t a n d s m e r k m a l e, deren alternative Feststellung keinen verschiedenen Tatbestand, sondern nur Ausführungsarten eines Tatbestandes bedingen.

Zur Lösung der hier denkbaren Fälle ist von dem Grundgedanken der Einrichtung einer entsprechenden Anwendung auszugehen, also zu bedenken, daß das entsprechende Tatbestandsmerkmal, wie der entsprechende Tatbestand selbst, grundsätzlich an Stelle des gesetzlichen Tatbestandes bzw. des gesetzlichen Tatbestandsmerkmals tritt. Daher ist jeweils die Vorfrage zu entscheiden, ob das gesetzliche Tatbestandsmerkmal, nach dem das entsprechende gebildet ist, einen anderen Tatbestand bedingt oder nur eine Ausführungsart eines Tatbestandes; das entsprechende Tatbestandsmerkmal teilt auch in dieser Beziehung das Schicksal des gesetzlichen.

Das Reichsgericht hat diese Frage bisher in einem Fall,[466] und zwar grundsätzlich so wie wir, entschieden: „Ausnahmsweise,

[464] RG 11, 103 ff; die von uns gebrauchte Zusammenfassung dieser umständlich formulierten Entscheidung stammt aus RG Entwurf JW 1934, 296 f.
[466] RG JW 1937, 3083 f mit Anmerkung von K. S c h ä f e r, S. 3299 f.

falls sich aus der Beweislage die Unmöglichkeit ergibt, den Sachverhalt vollkommen aufzuklären, kann es . . geboten sein, im Einzelfalle wahlweise — in entsprechender Anwendung der Vorschriften über Schuldsprüche auf der Grundlage von Wahlfeststellungen — auf Grund unmittelbarer oder entsprechender Anwendung eines Strafgesetzes Strafe zu verhängen." Es bedürfe jedoch in jedem Fall einer besonderen Begründung nach § 267 b II, 2 Halbs. 2 StPO; entsprechend wurde § 2b StGB in dieser Entscheidung nicht deshalb angewandt, weil es sich um die alternative Feststellung von Tatbestandsmerkmalen handelt, von denen eines ein entsprechendes ist, sondern deshalb, weil sowohl der entsprechende als auch der gesetzliche Tatbestand nur einem Strafgesetz angehören, also der Wortlaut des § 2b StGB (eines von mehreren Strafgesetzen) nur seinem Grundgedanken nach zutrifft. Daß sich bei diesem Sonderfall hinsichtlich des mildesten Gesetzes im Sinne des § 2b StGB Schwierigkeiten ergeben, sei hier nur erwähnt und im Schlußkapitel dargestellt.

III. ALTERNATIVFESTSTELLUNG VON VERSCHIEDENEN TATBESTÄNDEN

Zu Ende des letzten Haupttitels war die Methode behandelt worden, nach der festgestellt werden kann, ob ein Tatbestandsmerkmal mit einem anderen alternativ ohne § 2b StGB festgestellt werden darf oder ob es sich um ein Tatbestandsmerkmal handelt, das einen anderen Tatbestand bedingt. In diesem Kapitel soll von den Fällen die Rede sein, bei denen vor dem § 2b StGB eine alternative Feststellung nicht möglich war, weil es sich um verschiedene Tatbestände handelt (Tatbestandsalternative).

1. Tatbestandsalternative innerhalb des Vermögensstrafrechts[467]

Zunächst soll von den Fällen die Rede sein, bei denen die Tatbestandsalternative nur Tatbestände des vermögensrechtlichen Strafrechts umfaßt.

Das sind die typischen Fälle des neuen § 2b StGB; bei ihnen wird in allen Fällen, die nur alternativ festgestellt werden konnten, das gleiche Rechtsgut geschützt und also immerhin eine Täterpersönlichkeit festgestellt, deren Typus sich noch einigermaßen erkennen läßt. Es sind die Fälle, die von Anfang an zu einer Erweiterung der Zulassung alternativer Feststellung gedrängt haben; sie bereiten, weil der Gesetzgeber bei der Formulierung des § 2b StGB vor allem sie im Auge gehabt hat, außer den allgemeinen Schwierigkeiten des § 2b StGB keine besonderen.

[467] Beachte zu dieser Gliederung die Skizze S. 111.

Reichsgerichtliche Entscheidungen zu diesen Schulfällen des § 2b StGB — abgesehen von dem besonders gelagerten Fall Hehlerei:Diebstahl — sind allerdings noch nicht veröffentlicht worden; es scheint, daß dieser Regelfall des § 2b StGB doch nicht die praktische Bedeutung hat, wie die Vorkämpfer des § 2b StGB angenommen haben. Von anderen oberstgerichtlichen Entscheidungen ist bisher nur eine Entscheidung des Oberlandesgerichtes München bekannt geworden:[468] Dieselbe rügt anläßlich einer solchen Tatbestandsalternative die ungenaue Prüfung durch die Instanzen: „Wenn das Berufungsgericht der Überzeugung war, daß die Angeklagte auf unrechtmäßige Weise in den Besitz des Geldes gelangt sei, so eröffnete sich damit eine große Reihe von Möglichkeiten, die nicht auf die von der Strafkammer herausgegriffenen drei (erpressen, stehlen, unterschlagen) beschränkt ist. Es sei nur auf die Möglichkeit des Erwerbs durch Begünstigung, Hehlerei, Betrug, Gewerbsunzucht hingewiesen." Die Strafkammer hätte also noch darlegen müssen, „daß und warum es ausgeschlossen ist, daß die Angeklagte auf andere Weise als durch die drei angenommenen Möglichkeiten in den Besitz des Geldes gelangt ist".

Dieser Fall gibt uns zu der grundsätzlichen Überlegung Anlaß, ob auf Grund des § 2b StGB jemand bestraft werden soll, von dem dringend vermutet wird, daß er eine Sache auf unrechtmäßige Weise in Besitz gebracht, dem aber nicht nachgewiesen werden kann, durch welches Vermögensdelikt er die Sache erlangt hat. Wie soll das Gericht hier die Überzeugung gewinnen, daß „eines von mehreren Strafgesetzen verletzt" (§ 2b) ist? Soll das Gericht hier sämtliche Vermögensdelikte alternativ feststellen und in der Begründung ausführen, jedes könne vorgelegen haben, keines habe aber bestimmt nachgewiesen werden können, da es bei jedem an dem Nachweis irgendeines Tatbestandsmerkmals fehle? Was soll das Gericht z. B. tun, wenn am 1. Januar die Vier Apostel aus der Alten Pinakothek verschwinden und am 1. April beim Bildersachverständigen X von der Polizei gefunden werden und sich nicht erklären läßt, wie sie zu X kamen?

2. Tatbestandsalternative, wenn ein Tatbestand nicht mehr zu den Vermögensdelikten gehört

Die Meinungen über die Zulässigkeit einer Alternativfeststellung hatten sich jedoch auch nach dem § 2b StGB hinsichtlich der Tatbestandsalternativen geteilt, bei denen einer der alternativ festgestellten Tatbestände nicht mehr zum Kreis der Vermögensdelikte gehört. Man hat die Erörterung zu diesem Punkt meist an folgendes Beispiel geknüpft:[469] Eine Frau hat an einer anderen auf deren Ersuchen Abtreibungshandlungen vorgenommen, die keinen Erfolg

[468] OLG München, DJ 1936, 1499. [469] RG 69, 369 ff.

hatten, und dafür 20 RM. erhalten. Ungeklärt blieb, ob sie einen ernsthaften Abtreibungsversuch vorgenommen oder einen solchen nur vorgetäuscht hat, um die 20 RM. und noch weitere Zahlungen zu bekommen.

Im ersten Fall wäre ihre Verurteilung wegen Abtreibungsversuchs, im zweiten wegen vollendeten Betrugs gewiß; wie aber, wenn nicht festgestellt werden kann, welche der beiden Möglichkeiten der Wirklichkeit entspricht?

Nach dem Wortlaut des § 2b StGB scheint hier „eine wahlweise Feststellung" von Betrug oder Abtreibungsversuch geboten, da „eines von mehreren Strafgesetzen", nämlich entweder § 263 StGB oder § 218 StGB, verletzt worden ist und eine eindeutige Tatfeststellung nicht möglich ist. Wir halten diese Lösung nach dem Wert und nach dem Sinn des § 2b StGB für richtig, übersehen aber nicht, daß auch hier noch sorgfältig geprüft werden muß, ob eine straflose Möglichkeit vorliegt. Wir nehmen an, diese Prüfung hat ergeben, es seine keine straflose Möglichkeit denkbar.

Auch das Reichsgericht hält in diesem Fall eine alternative Tatbestandsfeststellung für zulässig.[469]

In der Rechtslehre fand diese Entscheidung zumeist Billigung;[470] nur Oetker[741] hat dagegen Bedenken erhoben: Zunächst konstruktive: die Annahme einer Alternative „Abtreibungsversuch oder Betrug" stehe zur Rechtslage in Widerspruch; hier liege auf jeden Fall ein Abtreibungsdelikt vor. Bei Kenntnis der Untauglichkeit ihrer Abtreibungshandlung zum Erfolg habe die Geldempfängerin auf jeden Fall den von der Schwangeren begangenen Versuch mit untauglichen Mitteln angestrebt; an der Zulässigkeit einer Verurteilung unter der „Alternative ‚Täterschaft oder Anstiftung', die zur Anwendung ganz des gleichen Strafgesetzes führt, ist nicht zu zweifeln". .... Bei nur fingierten Abtreibungshandlungen habe die Angeklagte sich eines Betrugs schuldig gemacht. Die Alternative laute in diesen Fällen aber: „Nur Abtreibungsversuch oder Abtreibungsversuch (nicht bloß Beihilfe hierzu?) und Betrug": Da der Betrug nur ein Zusatzdelikt zu dem Abtreibungsdelikt sei und nicht festgestellt werden könne, sei er „zu streichen" und „Verurteilung wegen Abtreibungsversuchs unbedingt gegeben". „Der Haftbarkeit des Anstifters zum untauglichen Versuch — bei fingierter Abtreibungshandlung — wird nicht Rechnung getragen." Dagegen ist zu sagen, daß Oetker, obwohl er sich wie wir an den Sachverhalt der genannten Entscheidung hält, irrtümlich davon ausgeht, die Angeklagte könne sich wegen Anstiftung strafbar gemacht haben, wo sie doch die Abtreibung we-

---

[469] RG 69, 369 ff.

[470] Vgl. die zustimmende Anm. Schaffsteins, JW 1936, 195, die allerdings auf den Oetkerschen Gedanken nicht eingeht.

[471] Oetker, GS 107, 272—279, bes. 276 ff; ähnlich Oetker in FZ vom 29. 3. 36.

der gewollt hat, noch überhaupt der bestimmende Teil war. Die Frau, die sich für schwanger hielt, kam mit dem Entschluß, ihre Frucht abtreiben zu lassen, als eine omnimodo seu alias factura schon zu ihr, das Verhalten der Schwangeren ist also nicht durch das der Angeklagten ausgelöst worden. — Sodann macht Oetker rechtspolitische Bedenken geltend, die uns, weil sie für alle Tatbestandsalternativen der hier behandelten Art Bedeutung haben, besonders interessieren: Man solle sich die Bedeutung des Strafinstituts vor Augen halten; wenn auch die generell prävenierende Wirkung der Frage voranstehe, so werde doch „nach Bedarf bessernde Beeinflussung des Täters stets mit bezweckt . .". „Wie soll aber eine darauf abzielende Handlung vor sich gehen, wenn ganz verschiedene Deliktstypen wahlweise festgestellt sind?" Hier werden die Strafen unter „Verzicht auf erzieherische Wirkung . . lediglich formell = vorschriftmäßig" vollstreckt; der Stärkung der Staatsautorität könne eine solche Urteilsfindung kaum dienen, die Strafe verliere „unter den Gesichtspunkten der General- und der Spezialprävention zum guten Teil ihren Sinn, wenn sie durch Wahlfeststellung ermittelt ist". Dagegen ist zu sagen: Oetker beleuchtet nur den Teil des Instituts der alternativen Feststellung, dessen Problematik nicht bestritten wird und zieht hieraus Folgerungen für den ganzen § 2b StGB. Daß bei alternativer Feststellung ein Teil, wie Oetker sagt, der Präventivwirkung verloren gehen kann, braucht gar nicht bestritten zu werden, um die alternative Feststellung wegen des Teils, der bei einer Freisprechung auch noch verloren ginge, beizubehalten.[472]

Wir sind also der Meinung, daß eine Tatbestandsalternative auch in den Fällen, in denen die möglichen Tatbestände verschiedenen Deliktsgruppen angehören, zulässig und gerecht ist, weil wenigstens ein Teil der Strafwirkung eindeutiger Urteile erzielt werden kann.

Die Bedeutung des § 2b StGB liegt also, so können wir diesen Teil zusammenfassen, darin, daß auf das Erfordernis der Tatbestandsmäßigkeit insofern verzichtet wird, als notfalls auch verurteilt werden kann, wenn mehrere Tatbestände nur alternativ festgestellt werden können; die Feststellung eines bestimmten Tatbestandes ist von einer unerläßlichen Strafvoraussetzung zu einer regelmäßigen, aber nicht mehr unerläßlichen gesunken. Für Vermögensdelikte hat das den Vorteil, daß auch nur ihrem Schuld- und Unrechtsgehalt, nicht aber ihrer Tatbestandsmäßigkeit nach erkannte Taten bestraft werden können.

[472] Gegen Oetker wendet sich, ebenfalls anläßlich des Urteils RG 69, 369 mit den gleichen Gründen wie wir FZ vom 14. 3. und vom 4. 4. 36, wo vor allem auch gegen den unglücklichen Vorschlag, in solchen unklaren Fällen die Polizei statt des Richters zu bemühen (Oetker, GS 106, 423 ff) Stellung genommen wird: „Die Polizei hat viele und heute mehr als je umfassende Aufgaben, aber eines ist sicher nicht ihres Amtes: Den Richter zu ersetzen."

Unser Gang durch die vermögensrechtlichen Tatbestände hat gezeigt, daß die §§ 2 und 2b StGB einen Schritt vorwärts bedeuten in der Freistellung des Richters. § 2 StGB hat die Bindung des Richters an das Wort des Gesetzes gelockert; manche Fälle, die vor dem neuen § 2 StGB nicht oder nicht genügend erfaßt werden konnten (Fundaneignung, „Diebstahl" gewilderter Sachen, Diebstahl mittels Erbrechens des Behältnisses außerhalb des Gebäudes) kö nnen nunmehr gerecht entschieden werden. — § 2b StGB hat eine alternative Feststellung auch der Tatbestände ermöglicht und insoweit das Erfordernis der Tatbestandsmäßigkeit fallen gelassen; eine gerechte Bestrafung der Fälle, in denen nur der Tatbestand, nicht aber Unrecht oder Schuld im Zweifel stehen, können so gerecht beurteilt und bestraft werden.

Dennoch ist der Richter noch nicht von allen Bindungen[473] an einen nichtrichterlichen Gesetzgeber frei. Der Gesetzgeber hat sich bei seiner Novelle wieder desselben Mittels bedient, gegen dessen Unzulänglichkeit er vorgehen wollte: Der Sprache des Gesetzes. Kein Wunder, daß die beim Wortlaut der Tatbestände zutage getretenen Fehler auch beim Wortlaut der die Tatbestände erweiternden und verbessernden §§ 2 und 2b StGB sich wieder einstellten: Fälle, an die der Gesetzgeber nicht gedacht hat, Fälle, die wegen ihrer mißglückten Formulierung nicht oder nur mit gewundenen Konstruktionen erfaßbar sind, und, wie sich mit der Entwicklung unserer Kultur wohl herausstellen wird, Fälle, an die man beim Erlaß des Gesetzes noch nicht hat denken können. Da es sich um Mängel der §§ 2 und 2 b StGB handelt, sei es erlaubt, wenigstens in einer kurzen Schlußbetrachtung darauf hinzuweisen und einen Besserungsvorschlag zu entwerfen.

Hemmungen einer gerechten Rechtsprechung durch die entsprechende Anwendung und durch die sogenannte Wahlfeststellung

I. Mängel des § 2 StGB

§ 2 StGB hat vor allem noch drei Mängel:

1. Er läßt die Bestrafung nur zu, wenn der Grundgedanke eines Strafgesetzes zutrifft; es genügt nicht, wenn der Grundgedanke mehrerer Strafgesetze[474] durch eine nicht un-

[473] Daß § 2 StGB, gleichsam als hätte der Gesetzgeber seine Grenzen eingesehen, eigens die Überschrift „Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung . ." erhalten hat, mag auch in diesem Zusammenhang beachtet werden; auch die amtliche Begründung S. 29 spricht ausdrücklich von einer „neuen, dem Richter gegebenen Möglichkeit rechtsschöpferischer Tätigkeit."

[474] Daß § 2 StGB entgegen der Meinung einiger Schriftsteller die Rechtsanalogie noch nicht zuläßt, haben wir oben Anm. 56 eingehend dargetan.

mittelbar erfaßbare Tat verwirklicht wurde. Die sogenannte Rechtsanalogie bleibt verboten; insofern wird man auch künftig von einem Analogieverbot des § 2 StGB sprechen und über eine offenbar beabsichtigte Lücke des § 2 StGB klagen können.[475] Der Grund für dieses Stehenbleiben auf halbem Wege ist unerfindlich; einer Rechtszersplitterung und Rechtsunsicherheit könnte durch Zulassung der Revision solcher Fälle an das Reichsgericht vorgebeugt werden.

2. Eine offenbar unbeabsichtigte Lücke, mindestens aber eine irreführende Formulierung enthält § 2 StGB weiter insofern, als er nicht ohne weiteres auf erschwerende Tatbestandsmerkmale anwendbar erscheint. Es bedarf erst einer mühseligen Darlegung über den Unrechtsgehalt einer Tat, die selbst das Reichsgericht erst nach einigen gegenteiligen und insofern falschen Entscheidungen fand, um solche Fälle ganz erfassen zu können und es nicht hinnehmen zu müssen, daß sie wegen der unmittelbaren Anwendung einer zu milden Vorschrift zum Teil ungesühnt bleiben. Die in diesen Punkten widersprechenden Urteile des Reichsgerichts[476] wären uns erspart geblieben, wäre der Richter nicht wieder an das Gesetz, nämlich an den § 2 StGB, gebunden geblieben, sondern hätte er seinem Rechtsempfinden gemäß urteilen können.

3. Die Hauptschwierigkeit des § 2 StGB liegt, wie wir im Verlaufe der Arbeit wiederholt nachgewiesen haben, in dem Begriff „Grundgedanke eines Strafgesetzes". Es kann bezweifelt werden, ob der Gesetzgeber sich darunter etwas Bestimmtes vorgestellt hat oder nicht vielmehr eine Erweiterung der endlich als zu eng erkannten Tatbestände verfügen und die weitere Klärung wieder einmal der Wissenschaft und der Rechtsprechung überlassen wollte. Die Wendung „Grundgedanke eines Strafgesetzes" ist neu und ihr Begriff nirgends definiert worden. Nicht einmal Anhaltspunkte dafür, auf welche Weise der Grundgedanke gefunden werden soll, wurden gegeben.[477]

So kam es, daß Richter und Schriftsteller je nach Neigung den § 2 StGB anwandten oder nicht und ihre Ansicht jeweils mit einer weiteren bezw. engeren Auslegung des Begriffs „Grundgedanke" begründeten. Unsere Gerichte neigen dazu, den Grundgedanken möglichst weit und allgemein zu fassen, um endlich einmal zwei-

---

[475] Der obengenannte Diebstahl eines im Hausflur eingesperrten Fahrrades erlaubt zum Teile eine, sofern nicht wegen schweren Diebstahls verurteilt wird, solche ungerechte Freisprechung, weil auf ihn nur der Grundgedanke mehrerer Strafgesetze, nämlich der mehrerer Ziffern des § 243 I StGB zutrifft.

[476] S. Anm. 224.

[477] Die amtliche Begründung spricht S. 28 f nur davon, wie klare Fälle einer beabsichtigten Gesetzeslücke als Fälle erkannt werden könnten, auf die der Grundgedanke eines Strafgesetzes sicher nicht zutrifft; positive Vorschläge bringt sie aber nicht.

fellos strafwürdige und nur wegen der Gesetzesformulierung schwer faßbare Fälle fassen zu können, während die oberen Gerichte, voran das Reichsgericht, auch hier konservative und einschränkende Konstruktionen entwickelten und den Grundgedanken möglichst an den Wortlaut des Gesetzes annäherten . Am allerwenigsten scheint sich A l l f e l d mit dem neuen § 2 StGB anfreunden zu können. Mit seiner Methode kann in jedem Fall die Anwendung des § 2 StGB verhindert werden.[478] Er nimmt jeweils das Tatbestandsmerkmal (z. B. „Person" in § 263 StGB), das zweifellos nicht unmittelbar zutrifft, und sieht den G r u n d gedanken der ganzen Vorschrift nun gerade in diesem Tatbestandsmerkmal (ein Automat sei eben keine Person), um zu dem Schluß zu gelangen, der Grundgedanke der Vorschrift treffe nicht zu, also Freisprechung.

Es ist nicht schwer vorauszusagen, daß eine umständliche „Lehre vom Grundgedanken" sich entwickeln wird, wie sich bisher eine nicht minder schwierige und „auch heute noch nicht geklärte"[479] „Lehre vom Tatbestand" entwickelt hat. Beide Lehren haben ein einziges Wort des Gesetzes — „Grundgedanke" eines Strafgesetzes (§ 2 StGB), „gesetzlicher Tatbestand" (§ 59 StGB) — zum Ausgangspunkt genommen und versuchen zu ergründen, was der Gesetzgeber, der dabei allem Anschein nach nicht einen Teil dessen gedacht hat, was später in diese Begriffe hineingedacht wurde, darunter wohl verstanden haben mag. Das Schweigen des Gesetzes zu dem Inhalt dieser Wendungen macht es den Schriftstellern leicht, Theorien zu entwickeln, und schwer, jemanden von ihrer Richtigkeit zu überzeugen, da niemand gezwungen werden kann, unter einem zweifelhaften Wortlaut etwas Bestimmtes zu verstehen. So muß dem Gesetzgeber bei aller Anerkennung seines Versuchs, den Richter zu befreien, doch vorgehalten werden, daß er einen Versuch mit schlecht tauglichen Mitteln unternommen und die deutsche Rechtswissenschaft um das Problem des Grundgedankens und um eine Unklarheit bereichert hat.

II. M ä n g e l d e s § 2b StGB

Im Gegensatz zu § 2 StGB hat der Gesetzgeber mit § 2b StGB den beabsichtigten Zweck, „Verhütung ungerechter Freisprechungen",[480] fast ganz erreicht, insbesondere hat § 2b anders als § 2 StGB bezüglich der Wirkung auf den Tatbestand eine fast voll-

---

[478] GS 107, 312 f.

[479] E. W o l f schrieb erst 1931 seine „Vorstudien zur allgemeinen Lehre vom besonderen Teil des Tatbestandes" („Die Typen der Tatbestandsmässigkeit", Veröffentlichungen der Schleswig-Holstein'schen Universitätsgesellschaft Nr. 34).

[480] So heißt die Überschrift, die die Novelle vom 28. 6. 1935 dem § 2b StGB gegeben hat.

ständige Heilung des bekämpften Übels gebracht: eine Freisprechung mit der Begründung, der Täter habe zwar rechtswidrig und schuldhaft gehandelt, er habe auch einen Tatbestand verwirklicht, es habe sich nur nicht feststellen lassen, welchen, widerspricht künftig dem Gesetz. Eine viel beklagte Lücke ist somit endlich geschlossen.

Unzulänglichkeiten, die jedem Gesetz innewohnen, sind auch dem § 2b StGB, der gerade dagegen vorgehen wollte, nicht erspart geblieben; es handelt sich hier vor allem um vier Schwierigkeiten:

1. Mit einer wörtlichen Anwendung des § 2b StGB nicht faßbar sind die Fälle, in denen ein mildestes Gesetz nicht vorliegt. Das sind einmal die Taten, bei deren Alternativen es sich um entsprechende und gesetzliche Tatbestände desselben Paragraphen[481] handelt; sodann ist es möglich, daß die Tatbestände verschiedener Vorschriften die gleiche Strafdrohung enthalten, z. B. Diebstahl von Gegenständen, die zum Gottesdienst bestimmt sind, oder Einbruchdiebstahl: § 243 I Ziff. 1 oder 2 StGB (A stiehlt ein Kruzifix, es läßt sich aber nicht aufklären, ob er es aus der Kirche gestohlen hat oder schon, als es noch in einer Kiste verpackt in der Ladehalle des Güterbahnhofs lagerte). In diesen Fällen gibt es kein mildestes Gesetz, da beide Alternativen unter eine gleich hohe Strafdrohung fallen. Diese Fälle hat der Gesetzgeber übersehen.[482]

Man hat daraus die Folgerung gezogen, es sei „in Ermangelung eines mildesten Gesetzes der Gesetzesbefehl nicht ausführbar“[483]; getreu dem noch geltenden Auslegungsgrundsatz in dubio mitius müsse freigesprochen werden.[483] Dieser Ansicht vermögen wir uns nicht anzuschließen; zunächst mangelt es nicht an einem gesetzgeberischen Befehl. § 2b StGB befiehlt vielmehr eine Verurteilung bei nur „wahlweise“ .. möglicher Tatfeststellung; hinsichtlich des Strafausspruchs allerdings hat es nur den Regelfall genannt, da alternativ festgestellte Tatbestände gewöhnlich verschiedene Strafrahmen haben. Die Lücke bezüglich der Fälle, in denen die alternativ festgestellten Tatbestände gleiche Strafrahmen haben, scheint uns eine entsprechende Anwendung des § 2b StGB[484] zu erfordern. Die Formulierung des Urteilssatzes müßte in ebenfalls entsprechender Anwendung des § 267 b StPO beide

---

[481] Einen solchen Fall des § 259 bringt RG JW 1937, 3083.

[482] Um wieviel gründlicher der Gesetzgeber des BGB das Gesetz durchdacht hat, zeigt der Vergleich mit § 659 BGB, wo alle Möglichkeiten berücksichtigt worden sind: Die Belohnung soll im Fall einer Auslobung der erhalten, der die Handlung zuerst vorgenommen hat: „Läßt sich die Belohnung wegen ihrer Beschaffenheit nicht teilen .., so entscheidet das Los“. (§ 659 II, 2 BGB).

[483] So Zander, S. 34.

[484] Eine entsprechende Anwendung des § 2b StGB (in einem anders gelagerten Fall) hat das RG grundsätzlich für möglich gehalten (RG JW

Möglichkeiten aufführen. Auch insofern schweigt das Gesetz also nicht, sondern spricht nur in zwei verschiedenen Vorschriften, nämlich in § 2 StGB und § 2 b StGB, wo eine umsichtigere Formulierung auch mit einer Vorschrift ausgekommen wäre, etwa: „Steht fest, daß . . , ist eine Tatbestandsfeststellung aber nur alternativ möglich, so ist dennoch zu verurteilen; bei ungleichen Strafrahmen der in Frage kommenden Taten sind Straf- und Nebenfolgen aus dem im Einzelfall milderen Strafrahmen zu nehmen."

2. Eine weitere, ebenfalls unbeabsichtigte Lücke des § 2 b StGB scheint uns vorhanden zu sein, wenn eine „Tatfeststellung (zwar) nur wahlweise möglich ist", jemand aber nicht „gegen eines von mehreren Strafgesetzen", sondern gegen ein und dasselbe Strafgesetz verstoßen hat, weil er z. B. vor dem Amtsrichter A in einem Vaterschaftsprozeß beschworen hat, er habe mit der Kindsmutter in der einrechnungsfähigen Zeit nicht geschlechtlich verkehrt, während er in einem anderen Vaterschaftsprozeß vor dem Amtsrichter B wieder als Zeuge vernommen, beschwor, er habe mit ihr während dieser Zeit verkehrt.[485] So pflegt der Schulfall „der beiden widersprechenden Eide" besprochen zu werden. Wir wollen hier davon absehen, daß dabei regelmäßig übersehen wird, welche Vorstellung der Täter bei der Abgabe jedes Eides über dessen Richtigkeit hatte; es kann sein, und der Richter hätte bei seiner alternativen Feststellung damit zu rechnen, daß der Schwörende bei jedem der sich objektiv widersprechenden Eide glaubte, er beschwöre die Wahrheit; nach dem ersten Eid war ihm z. B., obwohl er schon vorher gründlich sein Gewissen erforscht hatte, erst bewußt geworden, daß es doch anders war. Davon also abgesehen, ist einer von diesen beiden Eiden ein Meineid; ohne Gesetz, insbesondere ohne den § 2b StGB würde kein Richter zögern, den Angeklagten wegen Meineids zu verurteilen und würde in der Begründung ausführen, es stehe fest, daß der Angeklagte einen Meineid geschworen hat, es habe sich nur nicht aufklären lassen, ob vor dem Amtsrichter A oder vor dem Amtsrichter B. Erst § 2b StGB mit seiner auch in diesem Fall unglücklichen Formulierung hat hier Zweifel gebracht. Die einen meinen, eine Verurteilung, noch dazu eine ohne Anwendung des § 2 b StGB, mache dem

---

1936, 2293 = DJ 1936, 1374; RG JW 1937, 3084), ohne allerdings die Vorfrage zu prüfen, ob § 2 StGB auch für den Allgemeinen Teil des StGB gilt, oder nur die Tatbestände des Besonderen Teils erweitern will.

[485] Das Beispiel ist gar nicht so gekünstelt, weil der Richter im 2. Fall von dem ersten Eid nichts zu wissen braucht, der Schwörende jedoch nur im 2. Prozeß seinem auf Anerkennung der Vaterschaft belangten Freund, vielleicht durch Ermöglichung der Mehrverkehrseinrede, helfen will, während er im ersten Prozeß nur der Gefahr, selbst als Vater belangt zu werden, entgehen wollte. — Davon zu unterscheiden ist der Fall, daß einer im selben Verfahren, etwa vor dem Berufungsgericht, das Gegenteil von dem beschwört, was er vor dem Gericht I. Instanz beschworen hat. In diesen Fällen könnte, wie Dünhaupt mit Nachweisen S. 38 Anm. 35 ausführt, eine Identität der Tat im weiteren Sinn angenommen werden.

Richter in solchen Fällen keine Schwierigkeiten;[486] die anderen halten eine Bestrafung in solchen Fällen auch trotz des § 2 b StGB für unmöglich;[487] das Wort des Gesetzes („eines von mehreren Strafgesetzen") hindere eine Verurteilung.

Wir halten eine unbeabsichtigte Lücke des Gesetzes für gegeben; der Gesetzgeber hat wieder einmal an einen Fall nicht gedacht, obwohl er hätte daran denken können (C II 2 b ß des ersten Teils). Es wäre widersinnig, den Täter zu bestrafen, der das erstemal eine eidesstattliche Versicherung, das zweitemal einen dieser Versicherung entgegengesetzten Eid abgibt, weil nun eines von mehreren Strafgesetzen (§ 153 und § 156 StGB) verletzt ist, den Täter aber freizusprechen, der zwei entgegengesetzte Eide schwört. Der Grundgedanke des § 2 b StGB, notfalls auch nur eine alternative Tatfeststellung als Urteilsgrundlage genügen zu lassen, muß trotz des zu engen Wortlautes in entsprechender Anwendung des § 2 b StGB der Gerechtigkeit zum Sieg verhelfen.

3. Eine weitere Schwierigkeit brachte der Gesetzgeber dadurch, daß er gebot, bei Alternativfeststellungen „aus dem mildesten Gesetz zu bestrafen". Welches Gesetz ist das mildeste? Hier meinten die einen,[488] das mildeste Gesetz sei das, das den milde-

---

[486] L. Schäfer, DJ 1935, 996 rechnet diesen Fall in Wortauslegung des § 2b StGB nicht zu den Fällen des § 2b StGB und meint, „hier wird der Richter wohl auch ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung zur Verurteilung gelangen können", unterläßt es aber einen Vorschlag zu machen, wie diese Verurteilung vor sich gehen und begründet werden soll. Ebenso unklar die amtliche Begründung, S. 32: „Nicht getroffen werden .. die Fälle, in denen ein bestimmtes Strafgesetz durch eine von mehreren Handlungen verletzt ist, in denen sich aber nicht feststellen läßt, durch welche dieser Handlungen dies geschehen ist". Daß in solchen Fällen nicht Freisprechung erfolgen dürfe, verlange keine Begründung, „in ihnen dürfte der Richter auch ohne ausdrückliche Gesetzesbestimmung zu einer Verurteilung gelangen".

[487] Für den Gesetzeszustand vor dem § 2 b StGB schreibt Nüse, JW 1934, 465: „Allerdings wurde .. der Fall, wo zwei verschiedene Eide geschworen werden, einer also Meineid ist, strafrechtlich nicht erfaßt." Das sei bedauerlich, „aber nach geltendem Recht wohl nicht zu vermeiden", um auf S. 466 gegen die sich zu wenden, die „von rein formalistischem Denken befangen" sind. (In seiner Diss., also ebenfalls vor dem § 2 b StGB, S. 50 hat Nüse geschrieben: „.. Es können, .. wo zwei Eide geschworen worden sind, von denen einer ein Meineid sein muß, sehr wohl die tatsächlichen Verhältnisse angegeben werden .. Damit sind beide Eide rechtshängig geworden und eine wahlweise Feststellung kann getroffen werden.") Bezüglich des neuen § 2 b StGB vgl. Oetker, GS 106, 417, der sich mit beachtlichen Gründen gegen eine Wahlfeststellung wendet; vor allem weist er darauf hin, daß es, was Nüse übersieht, gar nicht allein darauf ankomme, welcher Eid objektiv falsch war: „Der Schluß: Derjenige der beiden Eide, der objektiv falsch ist, muß auch subjektiv falsch gewesen sein, stände in der Luft."

[488] Statt einer Aufzählung der einzelnen Entscheidungen und Schrifttumsäußerungen zu dieser Frage sei auf die Bonner Diss. von Zander hingewiesen: „Was heißt ‚mildestes Gesetz' im Sinn des § 2b StGB?", Köln 1927. Zander nennt die Vertreter beider Meinungen (bes. S. 18) und weist mit Geschick nach, „daß eine noch bessere Gesetzesformulierung möglich und zur ..

sten Strafrahmen[489] enthalte. Die anderen[490] wollen das Gesetz als das mildeste ansehen, das den Täter im einzelnen Fall (in concreto) am günstigsten stellt.[491]

4. Als den Hauptmangel der Zulassung einer alternativen Tatbestandsfeststellung, wie sie die Novelle vom 28. Juni 1935 vorschreibt, empfinden wir endlich die eindeutige Urteilsformel: § 267 b I StPO verlangt, daß bei einer „Wahlfeststellung" „der Angeklagte in der Formel nur der Verletzung des anzuwendenden Gesetzes schuldig zu sprechen" ist.

Der Kern des ganzen Urteils, der allein meist interessiert und veröffentlicht wird, aus dem allein die Rechtsfolgen des Urteils erwachsen, der, um jeden Zweifel auszuschließen, nicht bloß verkündet, sondern sogar verlesen werden muß,[492] muß so formuliert werden, daß das eigentliche Ergebnis der Hauptverhandlung, nämlich die Erkenntnis, daß nur eine alternative Tatfeststellung möglich war, nicht zum Ausdruck kommt. Hätte man doch auch in diesem Punkt Zeiler, den erfahrenen Reichsgerichtsrat gehört, der sich „von Anfang an für eine volle Übereinstimmung des Urteilssatzes mit der auf wahldeutiger Grundlage ergehenden Verurteilung ausgesprochen" hat![493] Das Reichsgericht hatte auch bald Gelegenheit, die Absurdität eines solchen Urteilssatzes darzutun. In einem Fall, in dem der Haupttäter wegen Betrugs oder Abtreibung sich zu verantworten hatte und ein Nebentäter wegen Beihilfe hierzu, überlegte das Reichsgericht,[494] wie der Urteilssatz aussehen wird, wenn der Haupttäter, weil für ihn, einen nichtrückfälligen Betrüger, § 263 StGB das mildeste Gesetz ist, wegen

---

Beseitigung weiterer Kontroversen .. notwendig ist" (S. 11). Er hält die zu § 2 II a. F. bezüglich des mildesten Gesetzes herrschend gewesene Ansicht für § 2 b StGB nicht brauchbar (S. 14), will vielmehr die zu § 73 StGB entwickelten Grundsätze auf § 2b StGB anwenden (S. 36 f). De lege lata sei festzuhalten, daß das mildeste Gesetz im Sinn des § 2 b StGB das Gesetz sei, das nach abstraktem Vergleich der in Frage stehenden Gesetze „im konkreten Falle die geringsten Rechtsnachteile bietet". Die Konsequenzen daraus müßten eben hingenommen und de lege ferenda gefordert werden, daß der Gesetzgeber eine jeden Zweifel ausschließende klarere Gesetzesfassung, etwa entsprechend dem § 73 StGB .. wähle .. (S. 43). — Das RG vertritt die gegenteilige Ansicht (z. B. JW 1936, 193), die Schaffstein in der Besprechung (a. a. O.) zwar „billigt", jedoch schreibt: „Die Absurdität" werde dadurch erhöht, daß in solchen Fällen der typische Betrüger wegen Abtreibung und der typische Abtreiber wegen Betrugs bestraft werden müsse (S. 195). — Gegen den eindeutigen Urteilstenor auch Graf v. Dohna, ZStW 55, 586 f.

[489] Welche Unklarheit darüber hinaus bezüglich der Gesichtspunkte entstanden ist, nach denen sich (z. B. bei Rückfall begründenden Delikten) das schwere vom milderen Gesetz unterscheiden soll, geht aus Staks Aufs. JW 1935, 2939 hervor.

[490] Vgl. die Nachweise bei Zander, den wir in Anm. 488 genannt haben.

[491] So Zander, S. 43. [492] § 268 I StPO.

[493] So sagte Zeiler, DJ 1936, 640, von sich selbst; er empfiehlt dort (S. 641) eine Ergänzung zu § 267 b I: „Kann sich daraus für den Verurteilten eine Härte ergeben, so kann das Gericht eine andere Fassung wählen."

[494] RG 69, 375

„vollendeten Betrugs“ und der Gehilfe, weil für ihn, einen rückfälligen Betrüger, § 218 StGB das mildere Gesetz ist, im gleichen Urteilssatz „wegen Beihilfe zur Abtreibung“ verurteilt wird. „Die Möglichkeit eines solchen Widerspruches muß hingenommen werden“, sagt das Reichsgericht hierzu. Wir hielten es für richtig, „gerade heute, wo die Staatsgewalt mit festerem Ansehen auftritt“, dem Richterspruch nicht mit solchen „künstlichen und unwahrhaftigen Mittelchen“ Ansehen verschaffen zu wollen,[495] sondern im vorliegenden Fall zu sagen: A wird wegen eines Vergehens des Betrugs, wenn nicht wegen eines Vergehens der Abtreibung, B wegen Beihilfe hierzu verurteilt.“ Man sollte dem Richter die Möglichkeit geben, durch eine Nuancierung des Urteilssatzes die nähere Art und den Grad der Wahrscheinlichkeit für eine der mehreren Möglichkeiten zum Ausdruck zu bringen; je nachdem kann er das schwerere Delikt mit einem hervorzuhebenden oder mindernden Zusatz („wegen einer wenn auch nur vorgetäuschten Abtreibung“) akzentuieren oder einfach beide nebeneinander nennen („wegen Diebstahls oder Hehlerei“). Warum nur hat man dem Richter auch noch diese Fessel des § 267 b I StPO auferlegt, wo man ihn doch gerade durch § 2 b StGB freier stellen wollte!

[495] Zeiler, DJ 1936, 640.

LEBENSLAUF

Ich bin am 11. Januar 1914 in München geboren worden. Meine Eltern, der damalige königlich bayerische Technische Eisenbahnsekretär Otto Gritschneder (gestorben am 2. August 1936) und dessen Ehefrau Susanne, geborene Weber, zogen mich unter beträchtlichen Opfern in den Kriegs- und Nachkriegsjahren groß und ermöglichten mir, nachdem ich vier Jahre lang in die Volksschule gegangen war, sogar den Besuch des Wittelsbacher Gymnasiums in München, das ich nach neun Jahren 1933 mit dem „Zeugnis der Reife" absovierte; anschließend studierte ich drei Jahre lang Rechtswissenschaft an der Universität München, nicht ohne auch Vorlesungen der anderen Fakultäten, namentlich der philosophischen Sektionen (Geyser, Vossler) anzuhören. In den Ferien wanderte ich, zumeist allein mit meinem Rad und meinem Bruder (Schwester habe ich keine) in der deutschen Heimat: den Rhein entlang vom Bodensee bis an die holländische Grenze, durch Ostpreussens herbe Seenlandschaft und zu den Steiermärkern und Kärtnern, von denen meine Mutter stammt.

Seit dem 2. Mai 1936 bin ich als Gerichtsreferendar bei den Behörden des Oberlandesgerichtsbezirks München beschäftigt, daneben seit Januar 1937 in einer größeren Kanzlei in München.

München, Weihnachten 1937.

Otto Gritschneder